



EGUZKILORE

(Flor protectora contra las fuerzas negativas)

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián, N.º 10 Extraordinario - Octubre 1997.

“Estudios sobre el nuevo Código penal español, 1995”

Dedicatoria - Eskaintza	3
• Antonio Beristain Ipiña. Presentación: recordando a Lardizábal y a Xalbador - Aurkezpena: Lardizabal eta Xalbador gogoratzuz.	7
• Jóse Luis de la Cuesta Arzamendi. Introducción al nuevo Código penal español: líneas directrices y contenido fundamental	9
• Antonio Beristain Ipiña. El nuevo Código penal de 1995 desde la Victimología	57
• Reyes Goenaga Olaizola. Delitos contra la libertad sexual	95
• Ignacio José Subijana Zunzunegui. Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal	121

“1995eko espainiar Kode penal berriari buruz aipamenak”

• Jóse Luis de la Cuesta Arzamendi. Espainiako Kode penal berria: ardatz nagusiak eta oinarriko edukiak	163
• Antonio Beristain Ipiña. 1995eko Kode penal berria Biktimologiaren ikuspuntutik	211
• Reyes Goenaga Olaizola. Sexu askatasunaren kontrako delituak	249
• Ignacio José Subijana Zunzunegui. Polizia judiciala eta intimitate eskubidea ikerketa kriminalean .	275

EGUZKILORE

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

N.º 10 Extraordinario- San Sebastián, Octubre 1997

**ESTUDIOS SOBRE EL NUEVO CODIGO PENAL
ESPAÑOL, 1995**

**1995eko ESPAINIAR KODE PENAL BERRIARI BURUZ
AIPAMENAK**

EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología

Portada: emblema del IVAC-KREI, de Rafael Ruiz Balerdi.

Contraportada: emblema de la UPV/EHU, de Eduardo Chillida.

Consejo Directivo

Beristain Ipiña, Antonio (Director). De la Cuesta Arzamendi, José Luis (Subdirector). Maeso Ventureira, Augusto (Secretario Técnico). Etxeberria Gabilondo, Francisco (Vicesecretario). Germán Mancebo, Isabel (Coordinación).

Consejo de Redacción

Miguel Alonso Belza, Cristina Antón, Alfonso Aya Onsalo, Pedro Ayerbe, Robert Cario, Jocelyne Castaignède, Juan Bautista Cremades, Iñaki Dendaluze Seguro, Enrique Echeburúa Odriozola, Alfredo Espinet Rubio, Francisco Etxeberria Gabilondo, Carlos Fdz. de Casadevante, Joaquín Giménez García, Antonio Giménez Pericás, Manuel Glz. Audicana, Reyes Goenaga Olaizola, José María Gondra Rezola, Julio González Abascal, José Guimón Ugartechea, Jean Charles Heraut, José Luis Jiménez, Pedro Larrañaga Múgica, Ignacio Lizari Gómez, Carlos Lizarraga, M.^a Angeles Mtz. de Pancorbo, Virginia Mayordomo, Ana Messuti, José Luis Munoa, Luis Navajas Ramos, Reynald Ottenhof, Joaquín de Paul Ochotorena, Jean Pinatel, Francisco Javier Quel López, M.^a José Sakara, Begoña San Martín Larrinoa, Iñaki Subijana Zunzunegui, Germán Tamayo Salaberria, Hilario Urbietta Garagorri, Amando Vega Fuente, Sagrario Yarnoz Yaben.

Extracto de las normas de publicación para los autores

* Los trabajos que se remitan para su publicación en *Eguzkilo*, deberán ser inéditos, y no estar pendientes de publicación en otra revista.

* Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4. Se acompañará en soporte de disquete 3'5'', indicando el sistema y el procesador utilizados, preferentemente Word Perfect 5.1 para PC.

* Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono y de fax, situación académica y nombre de la institución científica a la que pertenece. El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que deberán figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

Bases de datos

Las bases de datos ISOC (Ciencias Sociales y Humanidades), del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ILANUD (Instituto Latinoamericano de NN.UU.), PSICODOC'97, del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, y CRIMINOLOGY, PENOLOGY AND POLICE SCIENCE ABSTRACTS (Amsterdam) recogen de forma sistemática los trabajos originales publicados en *Eguzkilo*.

© Ed. Instituto Vasco de Criminología
Villa Sorroa. Avd.^a Ategorrieta, 22
Tels.: 943 - 32 14 11 / 32 14 12; Fax: 943-321272
E-mail: szoivac@sz.ehu.es
<http://www.sc.ehu.es/scrwwv/ivac.html>
20013 SAN SEBASTIAN

I.S.B.N. 84-920328-6-3
D.L. / S.S. 1273/97

Fotocomposición e impresión:

MICHELENA - artes gráficas, s.l.
Polígono 27 (Martutene)
Astigarraga - Gipuzkoa.

DEDICATORIA:

*A la Prof^a. Esther Giménez-Salinas,
Vocal del Consejo General del Poder Judicial,
pionera de la mediación,
Medalla de oro “Cesare Beccaria” (Halle, 1997),
con admiración y agradecimiento
por su ilusionada e innovadora pedagogía.*

ESKAINTZA:

*Esther Giménez-Salinas irakasleari,
Epai-Boterearen Kontseilu Nagusiko mahaikidea eta
bitartekaritzaren aitzindariari,
“Cesare Beccaria” urrezko domina (Halle, 1997),
gure miresten eta eskerrik onena eskaintzen diogu
ilusioz betetako bere pedagogia berritzaleagatik.*

SUMARIO

Dedicatoria - Eskaintza	3
• Antonio Beristain Ipiña. Presentación: recordando a Lardizábal y a Xalbador - Aurkezpena: Lardizabal eta Xalbador gogoratu.	7
ESTUDIOS SOBRE EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL, 1995	
• Jóse Luis de la Cuesta Arzamendi. Introducción al nuevo Código penal español: líneas directrices y contenido fundamental	9
• Antonio Beristain Ipiña. El nuevo Código penal de 1995 desde la Victimología	57
• Reyes Goenaga Olaizola. Delitos contra la libertad sexual	95
• Ignacio José Subijana Zunzunegui. Policía judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal	121

AURKIBIDEA

1995eko ESPAINIAR KODE PENAL BERRIARI BURUZ AIPAMENAK

• Jóse Luis de la Cuesta Arzamendi. Espainiako Kode penal berria: ardatz nagusiak eta oinarrizko edukiak	163
• Antonio Beristain Ipiña. 1995eko Kode penal berria Biktimologiaren ikuspuntutik	211
• Reyes Goenaga Olaizola. Sexu askatasunaren kontrako delituak	249
• Ignacio José Subijana Zunzunegui. Polizia judiciala eta intimitate eskubidea ikerketa kriminalean	275

PRESENTACION: RECORDANDO A LARDIZABAL Y A XALBADOR

Conscientes de que “nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”*, el Instituto Vasco de Criminología recoge en este número extraordinario de *Eguzkilore* los estudios sobre el nuevo Código penal español de 1995, que preparó para *Harlax. Revista técnica del ertzaina* y que considera de interés aparezcan aquí.

Nos satisface expresar públicamente nuestro reconocimiento y gratitud al Ilmo. Sr. D. Javier Inda, Director del Gabinete del Viceconsejero de Seguridad del Departamento de Interior del Gobierno Vasco, por habernos permitido reproducir en euskera y castellano estos trabajos, que originalmente fueron publicados en el núm. 21-22 de *Harlax*.

También nos parece oportuno, junto a las bellas líneas del hijo ilustre de Segura, recordar la respuesta del bertsolari Xalbador en el Frontón de Anoeta a quienes le silbaban y abucheaban:

“Txistuak jo dituzute bainan
maite zaituztet orainik”

(“Me silbáis y me abucheáis
pero, yo os sigo amando”)

Ojalá sirvan estos paradigmas como base para la futura política criminal humana y fraternal a los autores de infracciones tipificadas como delitos en todos los Códigos penales; y para la prevención general consciente de que los medios violentos corrompen el fin.

Esperamos y deseamos que estos comentarios sobre el nuevo Código penal español de 1995 contribuyan a la disminución de la delincuencia, al aumento de la generosa atención solidaria a las víctimas y a la creación de nuevas respuestas reparadoras y recreadoras de los victimarios a todos los perjudicados por sus delitos, sin olvidar que la paz es fruto de la justicia.

Antonio BERISTAIN
Director del IVAC-KREI

* Cfr. Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, p. III.

AURKEZPENA: LARDIZABAL ETA XALBADOR GOGORATUZ

Jakin dakigu “herri batentzat interesgarriena lege kriminal onak edukitzea dela, horien pentzutan baitaude bere askatasun zibila eta, neurri handi batean, Estatuaren eraketa eta segurtasun egokiak. Baina, agian, ez da egongo legeria kriminala erabat ondo taxutzea bezain enpresa zailik”*, eta, horregatik, Kriminologiaren Euskal Institutoak *Eguzkilo*-ren ez ohizko ale honetan *Harlax Revista Técnica del Ertzaina*-k gertutu zituen 1995eko Zigor Kode espainiar berriari buruzko azterlanak bildu ditu.

Gure eskerrik zintzoenak jendaurrean eman nahi dizkiogu, harro gainera, Eusko Jaurlaritzaren Barne Saileko Segurtasun sailburuordea den Javier Inda jaun txit argiari, jatorriz *Harlax* aldizkariaren 21-22 zenbakietan argitaratu ziren lan horiek euskaraz eta gazteleraz berregiteko baimena eman digulako.

Halaber, uste dugu bidezkoa dela, Segurako seme kuttunaren lerro eder hauekin batera, Anoetako pilotalekuan Xalbador bertsolariak txistu eta oihu egi-ten ziotenei botatako erantzuna gogoratzea:

“Txistuak jo dituzute bainan
maite zaituztet orainik”

Paradigma hauek zigor kode guztietan delitutzat tipifikatu diren urratzeen egi-leei etorkizunean gizalege eta anaitasunezko politika kriminala aplikatzeko balio dezatela; eta ohar daitezela indarkeriaren bidez helburuak usteltzen direla eta aurre-aretaz joka dezagun denok.

1995eko Zigor Kode espainiar berriari buruzko igurikizunak delinkuentzia murrizteko, biktimei eman behar zaien jaramon solidario eta eskuzabala gehitze-ko eta delitu horiek jasan dituzten guztiei biktimarioen erantzun asetzaila eta baliozgarri bezala eskaintzeko balioko dutelakoan gaude; dena den, ez ahantzi bakea justiziaren emaitza dela.

Antonio BERISTAIN
IVAC-KREIko zuzendaria

* Cfr. Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas conraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madril, 1782, p. III.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

9 - 55

INTRODUCCIÓN AL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LÍNEAS DIRECTRICES Y CONTENIDO FUNDAMENTAL

José Luis de la CUESTA ARZAMENDI

Catedrático de Derecho Penal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Resumen: La Constitución de 1978 evidenció la urgencia de un nuevo Código Penal que se adecuara a la nueva situación política, social y jurídica, máxime si tenemos en cuenta que el antiguo, aún con modificaciones, hundía sus raíces en la primera mitad del siglo pasado. Sin ser perfecto, puede decirse que el nuevo código, aprobado en 1995, responde, en lo esencial, a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal.

Laburpena: 1978ko Konstituzioak argi erakutsi zuen Kode Penal berri baten premia, egoera politiko, sozial eta juridiko berrira egokituko zena, ordura arte zegoenaren sustraiak aurreko mendeko lehen erdi-koak baitziren, nahiz eta zenbait aldagata eginak zituen. Perfektoa izan ez arren, kode berria, 1995ean onartua, gizarte modernoak arlo kriminalean eta penalean dituen beharrazane oinarrian erantzuteko nahikoa dela esan dezakegu.

Summary: The 1978 Constitution has posed the urgency for a new Penal Code which adapts to the new political, social and judicial situation, all the more so if we take into account that the former Constitution, even with modifications, embedded its roots within the first half of the past century. Without being perfect, it could be said that the new Code, passed in 1995, responds, in the essential matters, to the requirements of a modern society in the criminal and penal sphere.

Résumé: La Constitution de 1978 a mis en évidence l'urgence d'un nouveau Code Pénal qui s'adapte à la nouvelle situation politique, sociale et juridique, à plus forte raison si nous tenons compte du fait que l'ancien Code, toujours exposé à des modifications, était enraciné dans la première moitié du siècle dernier. Sans être parfait, on peut dire que le nouveau code, adopté en 1995, répond essentiellement aux nécessités d'une société moderne en matière criminelle et pénale.

Auszug: Die Gesetzgebung von 1978 machte deutlich daß man sehr schnell ein neues Strafgesetzbuch braucht, was sich besser an die heutige politische, soziale und juristische Situation an paßt, vor allem wenn wir berücksichtigen daß die alte Gesetzgebung selbst mit Änderungen noch aus die erste Hälfte des vorigen Jahrhundertsts Stammt. Ohne vollkommen zu sein, können wir sagen daß das neue Strafgesetzbuch wesentlich an die Bedürfnisse einer modernen Gesellschaft beant wortet auf straf- und verbrecherisch Gebiet.

I. INTRODUCCIÓN

Si la aprobación de la Constitución de 1978 supuso la instauración en España de un nuevo régimen político de libertades y transformó la estructura del Estado, el cambio no fue seguido inmediatamente, como en ocasiones anteriores, por la sustitución del más importante texto punitivo. Por el contrario, y a pesar de que un primer Proyecto fuera ya presentado en las Cortes en 1980 por el Gobierno de la UCD¹, el nuevo Gobierno Socialista optó en 1983 por realizar una profunda reforma del Código entonces vigente y, aun cuando, simultáneamente encargó la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, sólo en 1992 (y tras haber reformado parcialmente el viejo Código en varias ocasiones) llegó a depositar un Proyecto completo en el Parlamento. Un nuevo Proyecto fue presentado al Parlamento tras las elecciones, en 1994, y, contra todo pronóstico, a la vista de la debilidad política del Gobierno, resultó finalmente aprobado el 8 de noviembre de 1995². Este texto –el “noveneno Código de la historia de nuestra codificación penal desde que ésta se inaugurara con el Código de 1822”³– entró en vigor a los seis meses de su publicación por el Boletín Oficial del Estado, sustituyendo definitivamente al antiguo Código Penal, procedente en lo esencial del Código de 1848.

A pocos se les oculta la importancia de la aprobación de un nuevo Código Penal. Tanto en el plano jurídico, como en lo político y social, el Código Penal presenta una especial trascendencia al aparecer como una Constitución “en negativo”⁴. En efecto, si la Constitución declara, afirma positivamente, los derechos y libertades de los ciudadanos, es en el seno del Código Penal donde se fijan sus límites, garantizando simultáneamente el marco de lo lícito, de la libertad. Esta especial relevancia del Código hace que no sea frecuente su sustitución. Ahora bien, en el caso español la necesidad era evidente no sólo por las características mismas de un Código que hundía sus raíces en la primera mitad del pasado siglo, sino por la urgencia en la adecuación de sus contenidos a los valores y prin-

1. En realidad, la decisión de comenzar a trabajar sobre un Anteproyecto de nuevo Código Penal fue anterior a la propia aprobación de la Constitución. Como recuerdan ALVAREZ GARCIA y LUZON PEÑA, fue en abril de 1978 cuando el Ministro de Justicia, Landelino Lavilla, encargó se iniciaran los trabajos de redacción de un nuevo Código. F. ALVAREZ GARCIA, “Prólogo a la primera edición”, en F.J. ALVAREZ GARCIA y OTROS, *El Código Penal de 1995. Edición anotada y concordada*, Valencia, 1995, p. 15. D.M. LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996, p. 124.

2. Para una “Crónica parlamentaria” elaborada por L.GARCIA FERNANDEZ, ver el Especial Monográfico de TAPIA, dedicado al *Código Penal*, Madrid, 1996. Ver también las reseñas de D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

3. F.J.ALVAREZ GARCIA, “Algunas consideraciones críticas en torno al Código Penal de 1995”, *Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2ª época, núm. 1, enero/marzo 1996, p.99.

4. Es ésta a mi juicio una expresión más correcta que la de “Constitución negativa” empleada hasta por la propia Exposición de Motivos del nuevo Código Penal de 1995.

cipios constitucionales⁵ y a la propia realidad de un país moderno, algo difícil de lograr mediante la reforma y remiendo del texto anterior.

En este sentido, el nuevo Código Penal –aunque, obviamente, no es “perfecto”⁶ y sin perjuicio de las críticas que merece su proceso de elaboración⁷– puede considerarse “razonablemente adaptado a la Constitución”⁸, respetuoso y defensor de los valores democráticos⁹ y que, en general, por sus contenidos y su técnica y, a pesar de sus importantes defectos¹⁰, responde mejor que el anterior a las necesidades actuales de la política criminal y penal.

Pero, como ya se ha dicho, no son pocos los defectos y problemas que presenta el nuevo Código. Junto a las imperfecciones propias de toda obra humana, se deslizan en su texto importantes taras derivadas no sólo de cuestiones técnicas, sino también del contenido de algunas de sus disposiciones tanto en la parte general como en los delitos en particular. Ejemplos especialmente relevantes de lo anterior son la regulación de la comisión por omisión (art. 11), la norma relativa al llamado cumplimiento íntegro de las condenas (art. 78) y las equivocadas opciones de política criminal mantenidas en temas como las drogas (continuidad y escalada en la línea represiva ciega), la eutanasia y, sobre todo, la insumisión a la prestación social sustitutoria del servicio militar.

Al lado de lo anterior son igualmente carencias del nuevo Código el olvido de la colocación al lado del juez del criminólogo; no obstante, para determinadas decisiones, el juez habrá de contar con “informes” y es de esperar que, entre éstos, los de carácter criminológico alcancen una posición preeminente. Tampoco saca suficiente provecho el nuevo Código de los conocimientos victimológicos. Si bien la reparación de la víctima se incluye entre las causas de atenuación de la responsabilidad criminal (art. 21) y se exige para la suspensión y sustitución de la pena¹¹, en general, el Código sigue viendo a la víctima como el sujeto pasivo de un hecho que corresponde perseguir a otro nivel y cuya necesidad fundamental de asistencia es la reparatoria de los daños y perjuicios inherentes a la infracción

5. J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *Código Penal y Leyes penales especiales*, Pamplona, 1996, p.13.

6. F.ALVAREZ GARCIA, “Prólogo...”, p. 16; T.S.VIVES ANTON, “Prólogo” en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia 1996, p.7.

7. F.J.ALVAREZ GARCIA, “Algunas consideraciones críticas...”, *cit.*, pp.102 y s.

8. G.QUINTERO OLIVARES (con la colaboración de F.MORALES PRATS y M.PRATS CANUT), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p.225. En sentido similar, T.S.VIVES ANTON, *cit.*, p.7.

9. J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *cit.*, p.12.

10. En sentido similar, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *Código Penal. Texto íntegro de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que aprueba el nuevo Código Penal*, Madrid, 1995, p. XVII; J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *cit.*, p.13.

11. Sobre la influencia de la Victimología en cuanto a la suspensión y sustitución de la pena, E.LARRAURI, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, 25, 1996, p.55.

penal. Una reparación e indemnización que corresponde a los responsables criminalmente o a los responsables civiles subsidiarios sin que, curiosamente –y frente a lo que sucediera en el Código Penal de 1848¹²– pueda hallarse entre éstos al Estado, ni respecto de los delitos violentos¹³. Coherentemente con la perspectiva indicada, no se introducen alternativas a la pena (ni a la intervención penal) basadas en la resolución del conflicto suscitado por el delito a través de la conciliación delincente–víctima¹⁴.

En cualquier caso, y a pesar de lo indicado, no debe dejar de destacarse el carácter moderno del nuevo Código, técnicamente mejor que el anterior, así como su mayor adecuación a las actuales necesidades de protección penal, algo que encuentra su plasmación a la hora de la fijación de los principios y garantías elementales del Derecho Penal, y en múltiples pasajes de la Parte General y Especial.

II. PRINCIPIOS GENERALES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

1. Principio de legalidad

Siendo objeto explícito del nuevo Código adecuar los principios de la intervención penal a la Constitución, ya desde su Tít. Preliminar (De las garantías y de la aplicación de la ley penal) se observa el esfuerzo por llevar a cabo este postulado, principalmente en lo que se refiere al principio de legalidad.

Este, como garantía criminal, penal, jurisdiccional y ejecutiva, se declara aplicable tanto a los delitos y penas como a las medidas de seguridad, conforme a los tres primeros artículos del nuevo Código¹⁵. Se admite el efecto retroactivo de las leyes penales más favorables, incluso si recaída sentencia, si bien se exceptúa de su marco de aplicación a las leyes temporales, salvo disposición en contrario (art. 2,2). Sin embargo, y frente a lo contemplado en proyectos anteriores, no se acep-

12. El art. 123 del Código Penal de 1848 ya se ocupaba de la necesidad de regulación por ley de “los casos y formas en que el Estado ha de indemnizar al agravado de un delito o falta, cuando los autores y demás responsables carecieren de medios para hacer la indemnización”. G.LANDROVE DIAZ, *Victimología*, Valencia, 1990, p.109.

13. Con todo, La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, prevé ayudas públicas para las víctimas de delitos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños contra la salud física o mental. La Ley contempla igualmente la ayuda psicológica y social a las víctimas de delitos sexuales, violentos o no. También existen sistemas de ayuda pública en materia de terrorismo.

14. Sobre la posibilidad de una interpretación amplia del art. 112 en cuanto a la reparación, R.BONA, “El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, 25, 1996. Ver también a este respecto, F.GONZALEZ VIDOSA y P.STANGELAND, “La oficina de ayuda a la víctima: sugerencias concretas”, *Boletín criminológico*, 20, 1996.

15. G.LANDROVE DIAZ, *Introducción al Derecho Penal Español*, 4ª ed. revisada y puesta al día en colaboración con M.D.Fernández Rodríguez, Madrid, 1996; L.MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1996; M.POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, T.I, Barcelona, 1996.

ta de modo expreso la analogía favorable, cuya admisión por vía de interpretación se enfrenta en lo sucesivo de modo directo con el tenor literal del art. 4-1 y 3 del nuevo Código¹⁶.

2. Principio de imputación subjetiva

También halla explícito reconocimiento (como ya sucedía en el Código anterior a partir de la reforma de 1983) la interdicción de la pura responsabilidad por el resultado y la exigencia de dolo o imprudencia para la apreciación de la responsabilidad criminal (arts. 5 y 10), aspecto elemental del llamado principio de imputación subjetiva o, para un sector mayoritario de la doctrina, del *principio de culpabilidad*.

Su correlato respecto de las medidas de seguridad se traduce, por su parte, en la exigencia de que éstas se fundamenten en la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6).

3. Principio de necesidad

En cuanto al principio de necesidad, su observancia se deduce mejor del nivel de intervención penal manifestado a través de las figuras particulares de los delitos de la Parte Especial y las sanciones para ellos previstas, que no siempre conllevan en el nuevo Código una suavización del nivel de intervención penal.

Con todo, y desde el prisma de la Parte General, cabe destacar algunos elementos que resultan indicativos de la opción del legislador. Tal es el caso del establecimiento de un sistema no genérico sino específico de incriminación de la imprudencia (art. 12)¹⁷ y de los actos preparatorios (arts. 17,3 y 18,2), así como el nuevo sistema de penas (y sus substitutivos)¹⁸ o la restricción de las intervenciones mediante medidas de seguridad –que no pueden ser más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho, ni exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor (art. 6,2). Todos estos aspectos ponen de manifiesto la tendencia del legislador español (no siempre confirmada en la Parte Especial del Código, como ya se ha dicho) hacia la restricción en el empleo del Derecho Penal como instrumento de *ultima ratio*.

16. No obstante, a juicio de D.LOPEZ GARRIDO y M.GARCIA ARAN, cabe “su admisión doctrinal”, si se entiende la prohibición de la analogía en un sentido “garantista”. *El Código Penal de 1995...*, cit., p.41.

17. L.M. DEL VALLE GOMEZ, “Tratamiento de delitos y faltas por imprudencia en la moderna reforma penal en España”, *La Ley*, núm.4023, 1996.

18. M.I.SANCHEZ GARCIA, “El sistema de penas”, *La Ley*, núms.4010, 4011 y 4012, 8-9- y 10 de abril de 1996.; J.ROBLEDO RAMIREZ, *Concepto y principios para la aplicación de los substitutivos penales. Estudio de su regulación en España y México*, Madrid, 1996; I.SERRANO BUTRAGUEÑO, *Las penas en el nuevo Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos*, Granada, 1996.

4. Principio de humanidad

Abolida totalmente la pena de muerte en el Derecho Penal español común y militar (incluso en tiempos de guerra)¹⁹ y no conocida la cadena perpetua²⁰, algunas de las manifestaciones de la aplicación de este principio en el nuevo Código confluyen en parte con las citadas en cuanto a la observancia del principio de necesidad: la reducción de la duración de las penas privativas de libertad, la previsión de alternativas y sustitutivos, las restricciones en materia de medidas de seguridad, aspectos a los que cabe añadir la previsión explícita de delitos como los de tortura y contra la integridad moral (arts. 173 a 177).

Al hablar del principio de humanidad, se pone generalmente el acento en el modo en que el Código Penal trata al delincuente. Un Derecho Penal que desee atender adecuadamente a los intereses y conflictos atacados por el hecho delictivo, si quiere ser verdaderamente humano, no debe desinteresarse de la víctima. La atención a la víctima, en los diferentes planos en que ésta ha de ser tenida en cuenta por el Código –desde su posible contribución al hecho criminal, hasta sus necesidades de satisfacción, reparación y asistencia– es precisamente (y como ya se ha dicho) una de las asignaturas pendientes del nuevo texto punitivo que hace caso omiso de no pocas de las enseñanzas provenientes de la Victimología, colocándose en este ámbito –a pesar de alguna novedad en materia de atenuación de la responsabilidad y en la sustitución y suspensión de la pena– en una posición excesivamente tradicional.

III. PARTE GENERAL²¹

Entrando en la regulación de la Parte General, siete son los bloques en los que se divide el Libro I (arts. 10 a 137) del nuevo Código: infracción penal, personas criminalmente responsables, penas, medidas de seguridad, responsabilidad civil, consecuencias accesorias, extinción de la responsabilidad criminal.

1. Teoría de la infracción penal

Rompiendo con el texto anterior, el nuevo Código sigue una *clasificación tripartita de las infracciones penales*²², que se distinguen, en razón de la gravedad de las penas previstas, en delitos graves, delitos menos graves y faltas (arts. 13 y 33).

19. L.O. 11/1995, de 27 de noviembre.

20. Se ha dicho, con todo, que el art. 78 “puede suponer una introducción *de facto* de la pena de prisión perpetua” en el Derecho español. M.I.SANCHEZ GARCIA, “El sistema de penas (II)”, *cit.*, p. 3.

21. I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, L.AROYO ZAPATERO, N. GARCIA RIVAS, J.C.FERRE OLIVE, J.R.SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996; M.COBO DEL ROSAL, T.S.VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, 4^ª ed.(a cargo de M.I.Valdecabres Ortiz), Valencia, 1996; C.HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, Madrid, 1996, pp.21 y ss.; D.M.LUZON PEÑA, *Curso...*, *cit.*; S.MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4^ª ed. Barcelona, 1996; F.MUÑOZ CONDE, M.GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 2^ª ed., Valencia, 1996.

22. “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley” (art. 10).

Se regula de forma expresa, a través de una cláusula general²³, la *comisión por omisión* (art. 11): cuando el sujeto, omitiendo una acción, acaba por producir un resultado delictivo. El texto del artículo 11, muy imperfecto, suscita no pocos problemas interpretativos al pretender sustentar la imputación (a la omisión) de los resultados delictivos a través de una doble exigencia: el criterio material de equivalencia y la posición formal de garantía. En efecto, el artículo 11 del nuevo Código Penal admite la imputación a la omisión en los delitos de resultado siempre que pueda afirmarse que “la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación”. Dos son los supuestos en que el Código parece proceder *ex lege*²⁴ a esa equiparación: los casos de posición de garantía (legal o contractualmente establecida) y la injerencia –que no incluye los supuestos de asunción fáctica²⁵–. Se intenta así una difícil conciliación de exigencias que responden a criterios de origen muy diverso, lo cual puede llevar a la postre a dejar sin efecto uno de los dos requisitos, muy probablemente, el de mayor importancia: el requisito material de la equivalencia valorativa en el caso concreto entre la comisión activa y omisiva.

También es objeto de especial atención el *error* (art. 14). En Derecho Penal el error consiste bien en la ignorancia o el conocimiento equivocado de un elemento del delito (*error de tipo*), bien en la creencia errónea de estar obrando lícitamente (*error de prohibición*). El error invencible excluye siempre la responsabilidad penal, salvo que recaiga sobre una mera cualificación; en este caso, vencible o no, lo que impide es que surta efecto la agravación. Cuando el error es vencible y recae sobre un hecho constitutivo de la infracción penal (*error de tipo*) cabe la sanción por imprudencia, si ésta es punible para el delito en cuestión (el nuevo Código ha roto con la punición genérica de la imprudencia). Si el error vencible recae sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción (*error de prohibición*)²⁶, la pena se rebaja uno o dos grados. La referencia explícita al “hecho constitutivo de la infracción penal” como base sobre la que ha de recaer el error de tipo ha suscitado la cuestión del error sobre los términos normativos del tipo que, en principio, no entrarían ni en el error de tipo (identificado como error de hecho) ni en el error de prohibición. Es de suponer, con todo, el mantenimiento de la actual dirección doctrinal y jurisprudencial que distingue entre error de tipo y error de prohibición, integrando los errores sobre términos normativos entre los que recaen sobre cualquier elemento integrante del hecho típico.

23. Críticamente, F.J.ALVAREZ GARCIA, “Algunas consideraciones críticas...”, *cit.*, p.113.

24. Ver, con todo, el comentario de D.LOPEZ GARRIDO y M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, *cit.*, p.48.

25. Dice el último inciso del art. 14: “A tal efecto, se equipará a la acción: “a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

26. Críticamente, por los términos empleados por el legislador “error... sobre un hecho constitutivo de la infracción penal” y “error... sobre la ilicitud del hecho”, E.GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *cit.*, p. XXIII.

El nuevo Código Penal, que sigue un sistema de incriminación específica de la *imprudencia y los actos preparatorios punibles* (conspiración, proposición, provocación y apología)²⁷, sanciona con carácter general *el delito consumado y la tentativa* (art. 15). En relación con la tentativa, que abarca ya a la frustración, desaparece toda previsión explícita de la pena a imponer en supuestos de tentativa inidónea, esto es, aquella, en principio imposible, pero que *ex ante* no permite excluir la realización del hecho típico, involucrando, por tanto, un peligro cuanto menos abstracto para el bien jurídico. La regla del art. 62 que, para los casos de tentativa, impone la pena inferior en uno o dos grados a la prevista por la ley para el delito consumado “en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado” habrá de llevar en todo caso a la impunidad de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea o delito imposible.

En conexión con la tentativa (no así para los actos preparatorios), se contempla la eficacia del *desistimiento*, que exige evitar la consumación del delito, bien apartándose de la ejecución iniciada, bien impidiendo la producción del resultado. Quien así proceda queda exento de responsabilidad criminal, salvo que los actos ejecutados sean ya constitutivos de delito o falta (art. 16,2). Curiosamente, la norma no es exactamente la misma para el desistimiento en la participación criminal (art. 16,3) donde basta con el intento serio, firme y decidido de impedir la consumación.

En materia de *exención de la responsabilidad criminal*, la disciplina del nuevo Código se abre con una referencia (art. 19) a la *minoría de edad penal*, que el Código eleva a los dieciocho años, equiparándola con la mayoría de edad civil y política. La previsión no ha entrado, sin embargo, en vigor. Conforme a la disposición final séptima del nuevo Código, precisa para su eficacia de la aprobación de la ley que regule la responsabilidad penal del menor²⁸, algo que todavía no ha tenido lugar. Provisionalmente, continúa, pues, en vigor en este punto el viejo Código. Este establecía la mayoría de edad penal a los dieciséis años (art. 8-2º),

27. Dispone el art. 17: “1. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. 2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”.

Por su parte, el art.18,1 indica que hay provocación “cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas a la perpetración de un delito”.

Es apología (art. 18,1 II) “la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. Sobre la apología, B.DEL ROSAL BLASCO, “La apología delictiva en el nuevo Código Penal de 1995”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm.58, 1996, pp. 69 s.

28. Transitoriamente, los jueces que se ocupen de los hechos cometidos por menores de dieciocho años deberán solicitar a los equipos técnicos al servicio de los jueces de menores “la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa” (disp. transitoria duodécima). Ver J.C.CAMPO MORENO, “Estudio de las disposiciones transitorias del Nuevo Código Penal”, *Actualidad Penal*, 6/12-5-1996.

contemplaba una importante atenuación por razón de edad hasta los dieciocho años (art. 9-3º y 65), preveía, en este margen de edad, la posible sustitución de la pena por internamiento en centro de reforma hasta la corrección del culpable (art. 65 viejo Código Penal)²⁹ y regulaba los supuestos de responsabilidad civil por hechos cometidos por menores de 16 años (art. 20,1 y 22 II).

Importantes novedades presentan las *eximentes* (art. 20)³⁰.

Desde el prisma terminológico, cabe destacar la sustitución del término “enajenado” por “cualquier anomalía o alteración psíquica” que se traduzca en incapacidad de comprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión³¹.

Además se prevén de modo explícito –y al margen del trastorno mental transitorio– los casos de intoxicación plena por bebidas alcohólicas o drogas –siempre que la intoxicación no haya sido buscada con propósito de delinquir o si no se hubiese previsto o debido prever la comisión de la infracción penal. Al lado de éstos se colocan los supuestos de actuación bajo la influencia de síndrome de abstinencia debido a la dependencia de esas sustancias³².

Finalmente, desaparecen como *eximentes* la fuerza irresistible³³ y la obediencia debida, y se reformula el miedo insuperable, que amplía su marco de acción al desaparecer el requisito del viejo Código de que el mal que provoca el miedo sea igual o mayor al realizado por el delito.

Se reduce el número de *atenuantes* y *agravantes*, aun cuando no por ello dejen de aparecer nuevas.

Entre las *atenuantes* (art. 21)³⁴, el Código continúa en la línea de la reforma de 1983 eliminando la preterintencionalidad e incluye como novedad la grave adicción al alcohol o drogas, desdoblándose en dos el arrepentimiento espontáneo, según que el culpable:

29. T.GISBERT JORDA, “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, *La Ley*, núm. 4011, 1996.

30. Anomalía o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; trastorno mental transitorio; intoxicación plena por consumo de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos análogos; síndrome de abstinencia; alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia; legítima defensa; estado de necesidad; miedo insuperable; cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de derecho, oficio o cargo.

31. Crítica E.GIMBERNAT ORDEIG este precepto por su “sectarismo doctrinal” al basar “la culpabilidad en el libre albedrío”, cuando existen otras opciones, como las que colocan “su esencia en la motivabilidad o inmotivabilidad del autor”. “Prólogo”, *cit.*, p. XV. Ver también J.M.MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, “La imputabilidad”, *La Ley*, núm. 3957, 1996.

32. J.HOMS SANZ DE LA GARZA, *Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad*, Barcelona, 1996.

33. Favorablemente, E.GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *cit.*, p.XIX.

34. *Eximentes* incompletas; arrebato u obcecación; confesión de la infracción; reparación del daño; cualquier otra análoga.

a) confiese la infracción, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, o

b) repare el daño causado a la víctima o disminuya sus efectos con anterioridad al acto de juicio oral.

En las *agravantes* (art. 22)³⁵, desaparecen la premeditación y otras cuyo contenido podría entenderse comprendido en la alevosía o el abuso de superioridad. Se extiende, a su vez, el ámbito de aplicación de la agravante de actuación por motivos racistas, antisemitas o discriminatorios; incluida en el anterior Código Penal en 1995 sólo para las infracciones contra las personas o el patrimonio, a partir de ahora será aplicable a todas las modalidades delictivas.

También se conserva, como *circunstancia mixta*, el parentesco (art. 23)³⁶.

Las categorías de *personas criminalmente responsables de los delitos y de las faltas*³⁷ presentan en el nuevo Código Penal la novedad de la conversión del encubrimiento en una particular forma delictiva. Hasta ahora se contemplaba como forma de participación (impropia) en un hecho punible³⁸. El concepto de autor se sustancia sobre la realización del hecho por sí solo, conjuntamente o por medio de otro del que el autor (en este caso, mediato) se sirve como instrumento (art. 28), equiparándose a los autores (a efectos de pena) a los inductores y a los cooperadores necesarios.

Se regula la responsabilidad (“en cascada”) para las infracciones cometidas con empleo de medios o soportes de difusión mecánicos, en las que sólo responden los autores, inductores o directores y por el orden establecido por el art. 30,2³⁹.

Finalmente, el nuevo texto punitivo incluye una fórmula excepcional de imputación de los hechos típicos (art. 31), que contempla no sólo la atribución de

35. Alevosía; disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas; precio, recompensa o promesa; motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca; ensañamiento; abuso de confianza; prevalimiento del carácter público del culpable; reincidencia.

36. En cuanto a su compatibilidad con la Constitución, J.SANCHEZ JUNO y I.SERRANO BUTRAGUEÑO, “La posible inconstitucionalidad del art. 11 CP (23 NCP)”, *Actualidad Jurídica*, 9-11-1995.

37. J.A.CHOCLAN MONTALVO, “La autoría y la participación”, *La Ley*, núm. 3962, 1996; M.DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, “Autoría y participación”, *La Ley*, núm. 3984, 1996.

38. R.DE VICENTE MARTINEZ, “La nueva regulación del encubrimiento en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 24/30-6-1996.

39. 1) los que realmente lo hayan sido del texto o signo, o los que les hayan inducido a realizarlo; 2) los directores de la publicación o programa; 3) los directores de la empresa editora, emisora o difusora; 4) los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. La exigencia de responsabilidad a los pertenecientes a un número posterior dependerá de la imposibilidad de persecución (salvo por extinción de responsabilidad penal) a las incluidas en el número precedente.

responsabilidad a los administradores de hecho y de derecho⁴⁰ en el caso de personas jurídicas, sino también y al mismo nivel –como parece lógico– los supuestos de actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro.

2. Consecuencias jurídicas del delito

Si importantes son algunas de las novedades en lo relativo a la teoría del delito⁴¹, es en cuanto a las penas y medidas de seguridad⁴² donde la labor reformadora ha sido más intensa⁴³ con objeto de modernizar el sistema tanto en lo relativo a sus clases y modalidades, como en cuanto a la simplificación de las reglas de su determinación y aplicación, y en lo relativo a la introducción de formas sustitutivas. No dejan, con todo, de observarse algunas dificultades en la regulación y cierto confusiónismo, derivado del hecho de la doble condición de penas y medidas de algunas sanciones y del empleo, en el marco de la determinación de la pena o de sus sustitutivos, de criterios de peligrosidad⁴⁴.

A) Penas

Tres son las clases de penas que el Código Penal reconoce: las privativas de libertad, las privativas de otros derechos y la multa (art. 32).

a) Penas privativas de libertad

Las penas privativas de libertad son, a su vez:

- la prisión, de seis meses a veinte años, aunque excepcionalmente pueda llegar a veinticinco o, incluso, treinta años;
- el arresto de fin de semana, hasta veinticuatro fines de semana de treinta y seis horas; y
- la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

40. J.M.GOMEZ BENITEZ, “Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal”, en *El nuevo Código penal. Delitos Societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, pp. 143 y ss. Ver también A.ALONSO DE ESCAMILLA, *Responsabilidad de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Madrid, 1996; J.M.GARRETA BENITEZ, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid, 1996.

41. F.BENTABOL MANZANARES, *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*, Madrid, 1996.

42. L.GRACIA MARTIN, M.A.BOLDOVA PASAMAR, M.C. ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996; B.MAPELLI CAFARENA, J.TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3^ª ed. Madrid, 1996; C.MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996.

43. E.GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *cit.*, p. XIX; J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *cit.*, p.14. Ver, en cuanto a los aspectos procesales, J.L.GOMEZ COLOMER, “El sistema de penas y su repercusión procesal”, *La Ley*, núm.3991, 1996.

44. M.I.SANCHEZ GARCIA, “El sistema de penas (I)”, *cit.*, p.1.

El que la duración máxima de las penas más graves de prisión se limite, en general, en España a veinte años no significa propiamente que se camine hacia una mayor benignidad. Por el contrario, desaparecida la redención de penas por el trabajo (que operaba casi automáticamente la reducción de un tercio del tiempo de prisión) y, a la vista de las excepciones que se prevén –que permiten llegar a veinticinco⁴⁵ o treinta⁴⁶ años de privación de libertad en determinados casos– y de la restrictiva normativa en materia de libertad condicional y beneficios penitenciarios, en modo alguno cabe mantener que el nuevo Código Penal se caracterice por una mayor benignidad. Por el contrario, en pocas constelaciones delictivas se rebajan las penas en un tercio respecto de las anteriores. Todo ello, dejando al margen el desequilibrio que en la Parte Especial no pocas veces se observa entre las sanciones reservadas para hechos delictivos de muy distinta trascendencia y gravedad.

Destacan entre las penas privativas de libertad, por su novedad, los arrestos de fin de semana (de viernes a domingo; excepcionalmente, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal pueden cumplirse entre semana)(art. 37). Se aplican tanto como pena principal (cuando el Código así lo prevé) como en su condición de sustitutivo de otra pena privativa de libertad, computándose entonces una semana de prisión como dos arrestos de fin de semana⁴⁷. Su cumplimiento⁴⁸, en régimen de aislamiento individual (art. 17 RD 690/1996), debe hacerse, en principio, en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, pero cuando el partido judicial no disponga de centro penitenciario, la ley autoriza que pueda cumplirse en depósito municipal.

b) Penas privativas de derechos

Son penas privativas de derechos (art. 39):

- las inhabilitaciones: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o cualquier otro derecho;
- las suspensiones de empleo o cargo público
- las privaciones de derechos: derecho de conducir vehículos de motor y ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, y
- los trabajos en beneficio de la comunidad.

45. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años (art. 70,2 a).

46. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años (art. 70,2 b).

47. En caso de dos ausencias no justificadas el juez de vigilancia puede acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

48. Ver Real Decreto 690/1996, de 26 de abril por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (BOE núm.120, 17 mayo 1996).

La novedad más importante entre las penas privativas de derechos son los trabajos en beneficio de la comunidad⁴⁹. Conforme al art. 49 no pueden imponerse sin consentimiento del penado y consisten en cooperar de manera no retribuida en actividades de utilidad pública⁵⁰, que no atenten contra la dignidad del penado, en una jornada diaria, que no deberá exceder de ocho horas (ni bajar de cuatro). Los trabajos serán facilitados por la Administración, no estarán supeditados al logro de intereses económicos, gozarán de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social y se desarrollarán bajo el control del juez o tribunal sentenciador. En cuanto a su duración se prevén como penas menos graves en cuantía de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas, y como penas leves, de dieciséis a noventa y seis horas (art. 33,3 j) y 4 e).

En realidad, y a pesar de lo que se acaba de indicar, las previsiones reales del nuevo Código Penal para el trabajo en provecho de la comunidad son mínimas y, de hecho, sólo funciona o como pena sustitutiva del arresto de fin de semana impuesto como pena principal (art. 88,2) o como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria por impago de multa (en este caso un día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajo)(art. 53,1 II).

c) *La multa*

Con carácter general, la pena de multa sigue el sistema escandinavo de los días-multa (art. 50)⁵¹, si bien no dejan de preverse multas proporcionales al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo (art. 52). El sistema de días-multa supone distinguir entre la gravedad de la pena, fijada en un número de días-multa, y su cuantificación económica, que se determina atendiendo a “la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo” (art. 50,5).

La multa puede tener como duración de 5 días a dos años-multa, salvo que se imponga como sustitutiva (art. 50,3). Las cuotas diarias pueden oscilar entre doscientas y cincuenta mil pesetas, computándose treinta días por mes y trescientos sesenta por año (art. 50,4).

En caso de impago la responsabilidad personal subsidiaria (no aplicable a los condenados a más de cuatro años) puede consistir en:

49. También destaca en el marco de las penas privativas de derechos la previsión de penas que puedan suponer la privación, sin límite alguno, “de cualquier otro derecho”, criticable fórmula elegida para amparar privaciones de derechos específicamente previstas como sanción en la parte especial del Código Penal (p.e. en los supuestos de insumisión).

50. Dispone el art. 1 del RD 690/1996, que “se considerarán trabajos en beneficio de la comunidad la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos”.

51. J.L.MANZANARES SAMANIEGO, “La pena de multa”, *La Ley*, núm. 4015, 1996.

– privación de un día de libertad por cada dos cuotas diarias (pudiendo cumplirse en arresto de fin de semana) y con un máximo de un año de duración si la multa es proporcional, o

– trabajo en beneficio de la comunidad.

d) Clases de penas, por su gravedad

Las penas, por su gravedad, pueden clasificarse en penas graves, menos graves y leves, calificación que lleva consigo la de los correspondientes delitos (art. 13).

Dispone el art. 33,2 que son *penas graves*:

- a) La prisión superior a tres años.
- b) La inhabilitación absoluta.
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años.
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años.
- e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años.
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años.
- g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a tres años.

Son *penas menos graves* (art. 33,3):

- a) La prisión de seis meses a tres años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años.

g) La multa de más de dos meses.

h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.

i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

Son *penas leves* (art. 33,4):

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) La multa de cinco días a dos meses.
- d) El arresto de uno a seis fines de semana.
- e) Los trabajos en beneficios de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

e) *Sistema de determinación y aplicación de las penas*⁵²

Conocida la complejidad del sistema de determinación y aplicación de las penas característico del viejo Código Penal, el texto de 1995 se encamina hacia su simplificación. La simplificación pretendida se alcanza mediante la eliminación de las tradicionales escalas graduales características del Derecho español y por la ruptura con la división de la pena en tres grados. Las penas se dividen ahora en dos tramos: mitad inferior y mitad superior. No obstante, el nuevo Código no deja de someter la decisión judicial a cierto corsé, al continuar explicitando los criterios a seguir en las diferentes alternativas de concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes (art. 66).

En materia de concurso ideal⁵³, cuando un hecho constituye dos o más delitos, se sigue el principio de exasperación, con imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

En cuanto al concurso real (pluralidad de hechos punibles por los que es juzgado un sujeto), el principio es la acumulación material, si bien sometida a dos límites:

- el triple de la pena más grave, o
- veinte años; veinticinco si el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos, alguno de ellos castigado con pena de prisión de hasta veinte años; treinta si es condenado por dos o más delitos, entre ellos uno castigado por la ley con pena superior a veinte años.

Se contempla, de manera similar al Código anterior, el delito continuado y con sujeto pasivo masa (art. 74).

Por último, se incluye una disposición –muy rechazable, por su dureza⁵⁴ y por cuestionar el principio de reinserción social⁵⁵, de alcance constitucional– dirigi-

52. M.C.MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1996.

53. J.DELGADO GARCIA, “Los concursos en el Derecho Penal”, *La Ley*, núm. 4015, 1996.

54. Por todos, M.I.SANCHEZ GARCIA, “El sistema de penas (II)”, *cit.*, p.3.

55. D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, *cit.*, pp.29 y s. También, G.QUINTERO OLIVARES, “La reinserción y el marco constitucional del sistema de penas”, *Cuadernos Jurídicos*, 36, 1995.

da a evitar el acortamiento penitenciario de la pena de prisión para sujetos de alta peligrosidad criminal, condenados a penas muy importantes y en los que la aplicación de las reglas limitadoras del concurso real lleve a exigir un cumplimiento inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas. Entonces, a tenor del art.78 del nuevo Código Penal, los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional deberán hacerse sobre la totalidad de las penas impuestas, salvo acuerdo razonado del Juez de Vigilancia que ordene el regreso al sistema ordinario de libertad condicional y beneficios penitenciarios⁵⁶.

f) Sustitutivos y alternativas a las penas privativas de libertad

La escasez de formas sustitutivas o alternativas a las penas privativas de libertad ha sido una de las carencias del Derecho Penal español más extensamente criticadas por la doctrina en materia de sanciones. El nuevo Código Penal de 1995 rompe con la situación anterior y recoge, junto a la tradicional suspensión condicional de la pena, la sustitución de las penas privativas de libertad y la libertad condicional.

a') Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

La suspensión de la ejecución de todas las penas privativas de libertad, incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (arts. 80 y ss.) se prevé por un plazo de dos a cinco años para penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves. Exige la primariedad delictiva (sin computar las condenas por imprudencia) y el haber satisfecho las responsabilidades civiles (salvo reconocida imposibilidad). Puede verse acompañada de la imposición por el juez de determinadas obligaciones o deberes, cuando la pena suspendida sea la de prisión⁵⁷, debiendo los servicios administrativos informar trimestralmente acerca de su observancia. Su revocación es posible si el sujeto delinque durante el plazo de suspensión, o cuando se incumplan reiteradamente las obligaciones o deberes impuestos por el juez⁵⁸. La condena suspendida se inscribe en una sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes. Cuando el reo no delinque durante el período de prueba o no incumple las reglas de conducta fijadas por el juez, éste acuerda la remisión de la pena que conlleva la cancelación de inscripción de la condena en el Registro, sin que el antecedente penal pueda tenerse “en cuenta a ningún efecto”.

56. V.CERVELLO DONDERIS, “Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos Jurídicos*, 42, 1996; J.R.DE PRADA, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, *Jueces para la democracia*, 25, 1996; A.VERCHER NOGUERA, “Terrorismo y reinserción social”, *La Ley*, núm.3985, 1996.

57. Prohibición de acudir a determinados lugares; prohibición de ausentarse del lugar de residencia; comparecencia personal periódica ante el juez, tribunal o servicio de la Administración, participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual o similares; cumplimiento de otros deberes impuestos con objeto de favorecer la rehabilitación social del penado (y con su conformidad) (art. 83).

58. En caso de infracciones no reiteradas de las obligaciones o deberes, el juez o tribunal puede decidir: la sustitución de la regla de conducta por otra o la prórroga del plazo de suspensión (que no puede exceder nunca de cinco años).

El art. 87 del Código Penal contempla una suspensión condicional específica –ya conocida en parte por el anterior Código– para los penados, condenados a penas privativas de libertad no superiores a tres años, que hubieren cometido el hecho delictivo por causa de su dependencia del alcohol o drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos. Se requiere entonces que no se trate de reos habituales⁵⁹ y que se certifique suficientemente la deshabitación o sometimiento a tratamiento del condenado. La suspensión se sujeta a la condición de no delinuencia durante el período de prueba (de tres a cinco años) y, si se sigue un tratamiento, al no abandono del mismo hasta su finalización. La suspensión puede acordarse, incluso en supuestos de reincidencia, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

Otro supuesto de suspensión condicional excepcional de la pena es el relativo a los “penado(s) aquejado(s) de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables”. Estos pueden beneficiarse de la “suspensión de cualquier pena impuesta” (es de suponer que privativa de libertad) “sin sujeción a requisito alguno... salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera(n) ya otra pena suspendida por el mismo motivo” (art. 80,4).

b') Sustitución de la pena

Las penas de prisión de hasta un año (excepcionalmente hasta dos, si se trata de reos no habituales) pueden, además, sustituirse por arresto de fin de semana o multa, computándose dos arrestos de fin de semana por cada semana de prisión y dos cuotas de multa por cada día de prisión (art. 88). También cabe la sustitución del arresto de fin de semana (que no sea ya pena sustitutiva) por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, correspondiendo a un arresto de fin de semana cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo (art. 88).

Por su parte, y para los extranjeros (art. 89), se prevé la posibilidad de sustitución de las penas privativas de libertad de hasta seis años por la expulsión por un tiempo de tres a diez años, que también puede aplicarse al condenado a pena igual o superior a seis años una vez cumplidas las tres cuartas partes de la condena. El plazo de prohibición de regreso a España tras la expulsión será de tres a diez años.

c') Libertad condicional

Cierra la disciplina de las formas substitutivas de la privación de libertad la libertad condicional (arts. 90 y ss.), última fase de la ejecución penitenciaria para los penados clasificados en tercer grado, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena, observado buena conducta y que cuenten con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

El cumplimiento del requisito de extinción de las tres cuartas partes de la condena se atenúa en los casos de participación continuada en actividades laborales,

59. Esto es, que no hayan sido condenados por tres o más delitos de un mismo capítulo del Código cometidos en un plazo de cinco años: art. 94.

culturales u ocupacionales en prisión; basta entonces con haber extinguido las dos terceras partes (art. 91). Asimismo puede exceptuarse del mismo a los penados que hubieren cumplido los setenta años o vayan a cumplir esta edad durante el tiempo de condena o a los enfermos muy graves, con padecimientos incurables (art. 92).

En el marco de la libertad condicional cabe la imposición de reglas de conducta. Si el liberado las incumple o delinque durante el período de la condición el Juez de Vigilancia revocará la libertad concedida y el penado habrá de “ingresar en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional” (art. 93).

B) Medidas penales

Al lado de las penas, el nuevo Código Penal se ocupa también de las medidas de seguridad⁶⁰, anteriormente reguladas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970. Esta, reputada de inconstitucional era generalmente inaplicada en los últimos tiempos, aun cuando no fue nunca objeto de derogación expresa por el legislador⁶¹.

Frente a lo que sucedía con la anterior legislación de peligrosidad y rehabilitación social, las medidas que el nuevo Código contempla son siempre postdelictuales, esto es, requieren la previa comisión probada de un hecho delictivo no justificado y “se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto” (art. 6,1). Es éste un límite infranqueable para las medidas que, además, “no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido”.

Las medidas previstas por el Código Penal pueden ser privativas y no privativas de libertad (art. 96).

Son *privativas de libertad*, los internamientos: en centro psiquiátrico, en centro de deshabitación y en centro educativo especial.

En cuanto a las *no privativas de libertad* se consideran tales⁶²: las prohibiciones de estancia y residencia, privación del derecho a conducir vehículos de

60. I.BICERIEGO GONZALEZ-CAMINO, “El sistema de medidas de seguridad”, *La Ley*, núm.3961, 1996 y J.C.RIOS MARTIN, “Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”, *Tapia*, 86, 1996.

61. Ver, al respecto, disp. derogatoria única, 1 c) nuevo Código Penal.

62. Las medidas no privativas de libertad se someten a diversos límites de duración (art. 105).

Por tiempo no superior a cinco años cabe imponer: el tratamiento externo en centros médicos o sociosanitarios, la obligación o prohibición de residencia, prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, custodia familiar, sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y similares.

Por tiempo no superior a diez años, se prevén: la privación de la licencia o permiso de armas y la privación del derecho a conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

motor y ciclomotores, privación de la licencia o permiso de armas, inhabilitación profesional⁶³ y la expulsión del territorio (para extranjeros no residentes)⁶⁴.

Las medidas se imponen, como ya se ha dicho, cuando el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se deduce un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. En todo caso, la aplicación de las medidas queda sometida a límites muy estrictos⁶⁵:

a) cuando la pena prevista por la ley no sea privativa de libertad, no cabe aplicar sino determinadas medidas no privativas de libertad previstas por el art. 105: tratamiento externo, obligación o prohibición de residencia, prohibición de acudir a ciertos lugares o establecimientos, custodia familiar, sometimiento a programas formativos, culturales, etc., privación de licencia o permiso de armas y privación del derecho a conducción de vehículos a motor y ciclomotores (hasta por diez años);

b) de otra parte, los internamientos para inimputables o semiinimputables no pueden superar el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto;

c) en caso de concurrencia de pena y medida, se ejecuta prioritariamente la medida, abonándose su cumplimiento para el de la pena. Una vez alzada la medida, el juez o tribunal pueden suspender el cumplimiento del resto de la pena (por un plazo no superior a la duración de ésta), o sustituirla por alguna de las no privativas de libertad previstas en el art. 105, “si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla”.

Compete igualmente a los jueces o tribunales sentenciadores, a propuesta del Juez de Vigilancia, decretar el cese de la medida (una vez desaparecida la peligrosidad criminal), así como la sustitución de una medida por otra o la suspensión de la medida impuesta, condicionada a que el reo no delinca durante el período fijado, que no podrá exceder del tiempo que reste hasta el máximo señalado en la sentencia (art. 97).

C) Consecuencias accesorias

Separadamente de las medidas de seguridad (hasta en un título aparte: Tít. VI) se contemplan las consecuencias accesorias, dirigidas a “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129,3).

63. Conforme al art.107 la inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo (de uno a cinco años) es aplicable “cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en algunas de las causas de exención criminal de los tres primeros números del art. 20.

64. Esta medida se prevé como sustitutiva de las medidas de seguridad (privativas de libertad) aplicables. El plazo de expulsión debe ser fijado por el juez, con un límite máximo de diez años (art. 108).

65. A juicio de VALLE MUÑIZ, las medidas en el nuevo Código se limitan a ser “mero sustituto –previa comprobación de la peligrosidad criminal del sujeto– de la pena por ausencia o disminución de culpabilidad”. “Prólogo”, *cit.*, p.16.

Se comprenden entre ellas:

- el comiso de los efectos e instrumentos del delito y las ganancias obtenidas cualesquiera sean las transformaciones experimentadas, reservado por el Código Penal únicamente para los delitos o faltas “dolosos” (art. 127),
- la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos (temporal –hasta por cinco años– o definitiva),
- la disolución de la sociedad, asociación o fundación,
- suspensión de actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación (hasta por cinco años);
- prohibición (temporal –hasta por cinco años– o definitiva) de realización de actividades, operaciones mercantiles o negocios similares a aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y
- la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores (hasta por cinco años)⁶⁶.

Al margen del comiso, estamos, fundamentalmente, ante consecuencias dirigidas a hacer frente a los hechos cometidos en el marco de la empresa o a través de personas jurídicas y que abarcan no pocas de las “penas” que habrían de imponerse de admitirse la responsabilidad penal de éstas⁶⁷, si bien, en lugar de llamarlas “penas” acaban denominándose “consecuencias accesorias”.

D) Responsabilidad civil

Pocas novedades presenta el nuevo Código en cuanto a la responsabilidad civil (arts. 109 y ss.)⁶⁸, exigible simultáneamente a la penal, salvo que el perjudicado opte por la vía civil.

La regulación de la responsabilidad civil continúa centrada en la restitución del bien (con abono de los deterioros y menoscabos), la reparación del daño (que puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer) y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Dispone, además, el art. 114 que “si la víc-

66. La clausura temporal de la empresa, locales o establecimientos y la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación pueden, además, ser acordadas por el Juez instructor durante la tramitación de la causa (art. 129,2).

67. D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, cit., p.83.

68. I.SERRANO BUTRAGUEÑO, “La responsabilidad civil derivada del delito”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, cit., pp. 639 y ss. En cuanto a los aspectos procesales, ver V.HERNANDEZ MARTIN, “Límites de la responsabilidad civil y de las medidas cautelares en el proceso penal en caso de pluralidad de responsables”, *La Ley*, núm. 3983, 1996. Sobre responsabilidad civil respecto de delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor en el nuevo Código Penal, J.A.CABALLERO GEA, *La responsabilidad penal y civil dimanantes del accidente de circulación*, Madrid, 1996; R.MACIA GOMEZ, *Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 1996; A.RUBIO MORALES, *Las imprudencias y otras conductas derivadas del tráfico automovilístico y su responsabilidad civil en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1996.

tima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

Tampoco lo relativo a las personas civilmente responsables (arts. 116 y ss.) es muy novedoso, si bien, junto a las reglas generales, se incluye una referencia expresa a la responsabilidad civil directa de las empresas aseguradoras y de quien ejecute el hecho en casos de error, al tiempo que se moderniza la regulación de los responsables civiles subsidiarios⁶⁹ y se ordena a jueces y tribunales que resuelvan la cuestión de la responsabilidad en los casos de sentencias absolutorias, salvo que se hubiere hecho en su momento la correspondiente reserva de acciones para su reclamación por otra vía (art. 119).

3. Extinción de la responsabilidad criminal

Para terminar con la regulación del Libro I del Código Penal, los arts. 130 a 137 (Tít.VII) se refieren a la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos.

Son causas de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130):

- la muerte del reo,
- el cumplimiento de la condena,
- el indulto⁷⁰,
- la prescripción del delito y de la pena (salvo para el delito de genocidio y las penas que se impongan por genocidio, que son imprescriptibles)⁷¹, y
- el perdón del ofendido; éste es únicamente eficaz cuando la ley así lo prevea y debe otorgarse de forma expresa antes del inicio de ejecución de la pena, pudiendo el juez, oído el fiscal, rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de los menores o incapacitados en delitos dirigidos contra ellos.

Todas las consecuencias jurídicas del delito no se extinguen, con todo, con la responsabilidad criminal. Ahí están los antecedentes penales o por medidas de seguridad, cuya cancelación regulan los arts. 136 y s.

La *cancelación de los antecedentes delictivos* (art. 136), que no son públicos, requiere haber satisfecho las responsabilidades civiles, salvo supuestos judi-

69. Ver, F.SOTO NIETO, “La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general (art. 121 C.P.)”, *La Ley*, núm. 3964, 1996.

70. El nuevo Código Penal no menciona a la amnistía entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Indica, con razón, QUINTERO OLIVARES que ello no supone su prohibición hacia el futuro, ya que, como “recurso extraordinario, se regula en la propia Ley que lo concede”. *Curso...*, cit., p. 584.

71. J.GOMEZ DE LA ESCALERA, “Novedades en la prescripción de las infracciones penales y de sus penas”, *La Ley*, núm. 3987, 1996; F.PASTOR ALCOY, *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Comentarios y formularios*, Valencia, 1996. El art. 135 contempla también la prescripción de las medidas de seguridad.

cialmente declarados de insolvencia y el transcurso de determinados plazos⁷², incrementados en el nuevo Código Penal respecto de los previstos en el texto anterior. En cualquier caso, la cancelación –que puede ordenarse de oficio– no impide que, a solicitud de los jueces o tribunales, se emitan certificaciones relativas a las inscripciones canceladas, si bien, en tales casos, deberá hacerse constar de manera expresa el hecho de la cancelación.

La cancelación de las anotaciones por medidas de seguridad se produce una vez cumplida o prescrita la medida. Entre tanto, dispone el art. 137, “sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a jueces o tribunales o autoridades administrativas en los casos establecidos por la ley”.

IV. PARTE ESPECIAL: LOS DELITOS EN PARTICULAR⁷³

Establecidas las reglas generales de la imputación y responsabilidad penal, corresponde a los Libros II y III del nuevo Código Penal la definición y castigo de las infracciones en particular: los delitos graves, menos graves y faltas conforme a la terminología del nuevo artículo 13. Es ésta una cuestión trascendental, en la que se encuentran confrontadas las exigencias procedentes de la tutela penal de los bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección penal y el respeto del principio de necesidad, con sus corolarios de subsidiaridad e intervención mínima. De otra parte, el esfuerzo codificador realizado en 1995 por el legislador ha sido muy grande, al restringir el número de las leyes penales especiales, esto es, leyes al margen del Código Penal contenedoras de delitos y penas. Estas, antes más numerosas, se ven ahora limitadas a determinados ámbitos, como el electoral, el contrabando, el control de cambios, la navegación aérea y, por supuesto, el Código Penal militar.

1. Infracciones penales graves y menos graves

De entre las múltiples clasificaciones existentes de las infracciones penales no leves, la más extendida distribuye éstas en razón del sujeto pasivo, distinguiendo entre las que atentan contra las personas, los seres individuales, las contrarias a la sociedad y los delitos graves y menos graves dirigidos contra el Estado. Un nuevo

72. Seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves (art. 136,2-2º).

73. C.CARMONA SALGADO, J.J.GONZALEZ RUS, L.MORILLAS CUEVA, M.POLAINO NAVARRETE, G.PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, Madrid, 1996; C.HERRERO HERRERO, *Introducción...*, cit., pp.183 y ss.; F.MUNOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996; J.J.QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996; G.QUINTERO OLIVARES, J.M.VALLE MUÑIZ, F.MORALES PRATS, J.M.PRATS CANUT; J.M.TAMARIT SUMALLA, R.GARCIA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996; L.RODRIGUEZ RAMOS, M.A.COBOS GOMEZ DE LINARES, J.M.SANCHEZ TOMAS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1996; T.S.VIVES ANTON, J.BOIX REIG, E.ORTS BERENGUER, J.C.CARBONELL MATEU, J.L.GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1996.

elemento cabe añadir a esta división, el de los delitos contra la comunidad internacional⁷⁴, frecuentemente incluidos como modalidad de los delitos contra el Estado.

A) Delitos contra las personas

Dentro de los delitos contra las personas⁷⁵, los primeros, por su importancia, son los delitos contra la vida: vida humana independiente e intrauterina protegida por el legislador a través de diversas figuras.

a) El régimen de tutela de *la vida humana independiente*, que en los Códigos Penales anteriores llevaba a distinguir entre el homicidio, el parricidio, asesinato, auxilio e inducción al suicidio e infanticidio, se ha visto simplificado en el nuevo Código. Partiendo del *homicidio* como figura básica⁷⁶, desaparecen, así, como delitos diferentes, el parricidio⁷⁷ e infanticidio. Se conserva el *asesinato*, aunque también simplificado, pues ya no comprende la muerte con premeditación o con inundación, incendio, veneno o explosivo, sino que requiere que al acto de matar le acompañe alevosía, precio, recompensa o promesa, o ensañamiento⁷⁸.

En cuanto *al auxilio o inducción al suicidio* (art. 143), se conserva sustancialmente la regulación, si bien se completa con una previsión específica de la *eutanasia*: actuación dirigida a producir la muerte del otro pero en respuesta a la solicitud explícita, seria y no equívoca de quien se encuentra afectado por una enfermedad grave que le habrá de conducir necesariamente a la muerte o que le produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar (art. 143,4)⁷⁹. A partir del nuevo Código Penal, lo que se castiga es pues, junto al auxilio al suicida eutanásico, la eutanasia directa activa, y no la pasiva (no prolongación artificial de la vida) o la activa indirecta (tratamientos contra el dolor que no matan directamente, pero adelantan la muerte) salvo si se produce contra la voluntad del enfermo⁸⁰.

b) La protección de *la vida humana intrauterina* se lleva a cabo a través del *delito de aborto* (arts. 144-146). Nuevamente aquí se observa una simplificación

74. Ver también, C.HERRERO HERRERO, *Introducción...*, cit., Madrid, 1996, pp.185 y ss.

75. A.SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra las personas*, Madrid, 1996.

76. L.RUEDA GARCIA, "Examen del título I del libro II", *La Ley*, núm. 4019, 1996.

77. Sobre el conyugicidio, RAMOS TAPIA, "El homicidio del cónyuge", *Actualidad Penal*, 8/14-1-1996.

78. Aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido (art. 139-3º).

79. I.MUÑAGORRI, "La regulación de la eutanasia en el nuevo Código Penal de 1995", *Jueces para la democracia*, 25, 1996; E. DIAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, 1996.

80. D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal...*, cit., p.89; J.M.VALLE MUÑIZ, "Prólogo", cit., p. 18.

de su régimen penal que, partiendo del aborto no consentido (art. 144), sanciona también los supuestos de aborto consentido y autoaborto (art. 145), así como los casos de aborto imprudente y por negligencia profesional (art. 146).

A pesar de la polémica mantenida durante la tramitación del Proyecto de Ley en torno al llamado cuarto supuesto (indicación socioeconómica) no se ha tocado la regulación de los supuestos de aborto permitidos, que sigue rigiéndose por el art. 417 bis del Código anterior, todavía vigente. No es punible, por tanto, el aborto si “practicado por un médico o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada”, en los casos de:

- *indicación médica*: peligro grave para la vida o salud física o psíquica de la embarazada;
- *indicación ética*: embarazo consecuencia de violación, si el aborto se practica dentro de las doce semanas y el hecho ha sido denunciado;
- *indicación eugenésica*: presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas, si el aborto se practica dentro de las veintidós primeras semanas de gestación.

c) Próxima a lo anterior se encuentra la completamente nueva regulación de las *lesiones al feto* y los *delitos de manipulación genética*.

El nuevo Código protege, en efecto, la salud e integridad del feto (arts. 157 y 158): se castigan los hechos dolosos o imprudentes (siempre que no sean imprudencias de la embarazada) productores de lesión o enfermedad gravemente perjudicial para su normal desarrollo o que le provoquen graves taras físicas o psíquicas.

Los *delitos relativos a la manipulación genética* (arts. 159 a 162)⁸¹ consisten en:

- la *manipulación génica* (dolosa o imprudente) con alteración del genotipo,
- el *empleo de la ingeniería genética* para producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana,
- la *fecundación ilegal de óvulos humanos*,
- los *procedimientos de clonación y/o los dirigidos a la selección de la raza*, y
- la *reproducción humana asistida sin consentimiento de la mujer*.

d) A pesar de que el anterior Código Penal había sido ya objeto recientemente, en 1989, de una reforma intensa en materia de *lesiones*, el nuevo Código no ha dejado de retocar este conjunto normativo⁸², que abarca:

81. J.L.DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Los llamados ‘delitos relativos a la manipulación genética’ en el nuevo Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm.5, 1996.

82. Críticamente, E.GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *cit.*, p.XXIII.

– las *mutilaciones* y conductas asimiladas: pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o no, de un sentido, impotencia, esterilidad, deformidad, grave enfermedad somática o psíquica (arts. 149 y 150);

– las lesiones en sentido estricto, esto es, todo menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (y sin que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión se considere tratamiento) (art. 147,1). Estas pueden ser:

lesiones menos graves, en atención al medio empleado o resultado producido (art. 147,2);

lesiones graves (art. 147,1); y

lesiones muy graves (art. 148), a la vista del resultado causado o riesgo producido, así como del medio peligroso empleado, de la concurrencia de ensañamiento o de la edad (hasta doce años) o incapacidad de la víctima.

Se castigan igualmente las lesiones gravemente imprudentes, con previsión expresa de los hechos cometidos con vehículo de motor, ciclomotores o armas de fuego, y de la imprudencia profesional, así como el maltrato de obra a ciertos parientes (art. 153) y la participación en riña tumultuaria (art. 154).

Cierra el Tít.III la nueva regulación del consentimiento (arts.155 y 156), que reserva la plena eficacia eximente de éste a los supuestos de transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, estableciendo, en los demás casos una reducción de la pena en uno o dos grados si mediare “consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido del ofendido”. Se contempla igualmente de manera expresa la esterilización de incapaces por grave deficiencia psíquica (art. 156 II).

e) Siguen a continuación *los delitos contra la libertad*:

– *detenciones y secuestros* (detención ilegal bajo condición), donde se contemplan junto a las figuras tradicionales, los casos de sustracción de menores e incapaces, secuestro de funcionarios y desaparición del detenido o secuestrado (arts.163-168)⁸³,

– *amenazas* (arts. 169-171): se distingue entre las amenazas de mal delictivo o de mal no constitutivo de delito y según que sean condicionales o no, así como las amenazas de mal no delictivo pero condicionales (*chantaje*) (art. 171, 2 y 3)⁸⁴; y

– *coacciones* (art. 172): impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a realizar lo que no quiere, sea justo o injusto, sin estar legí-

83. J.BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996.

84. Exigir de otro una cantidad o recompensa bajo amenazas de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares públicamente no conocidos y que puedan afectar a su fama, crédito o interés. También cabe el chantaje bajo amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito.

timamente autorizado; explícitamente se prevén, además, las coacciones dirigidas a impedir el ejercicio de un derecho fundamental (arts. 163 y ss.),

f) Completamente nuevo es el Tít.VII, relativo a los *delitos de torturas y contra la integridad moral* (arts. 173 a 177).

Se incriminan aquí la tortura, aunque no de un modo plenamente coincidente con la definición internacional, así como los tratos degradantes cometidos o no por funcionarios y toda suerte de atentado funcional contra la integridad moral de una persona. Estos hechos pueden además imputarse (con la misma pena) a cuantos, autoridades o funcionarios, “faltando a los deberes de su cargo, permitiere(n) que otras personas” los ejecuten.

g) Múltiples son las novedades⁸⁵ en cuanto a los *delitos sexuales*.

La nueva regulación parte de la distinción entre tres conjuntos básicos de comportamientos (arts.178 y ss.), atentatorios contra la libertad sexual⁸⁶:

– *agresiones sexuales*, con violencia o intimidación, agravada en casos de acceso carnal e introducción de objetos; ambos supuestos resultan especialmente agravados: si la violencia o intimidación es especialmente degradante o vejatoria; si los hechos se cometen por tres o más personas actuando en grupo; cuando la víctima es especialmente vulnerable; si el delito se comete con prevalimiento de situación de parentesco; y si se hace uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones graves;

– *abusos sexuales no consentidos* (sin violencia o intimidación)(arts.181-183)⁸⁷, o con obtención del consentimiento con prevalimiento de una situación de superioridad o interviniendo engaño (sobre persona mayor de doce años y menor de dieciséis); estos supuestos se ven cualificados si el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal (pena agravada si se da prevalimiento de situación de parentesco o la víctima es especialmente vulnerable); y

– *acoso sexual* en el trabajo, en la enseñanza o en situaciones de superioridad análogas en las que la solicitud de favores sexuales puede conectarse injustamente a legítimas expectativas de la víctima que pueden verse frustradas por su negativa.

Siguen manteniéndose, además, los delitos de *exhibicionismo y provocación sexual*, consistentes en la ejecución de actos de exhibición obscena ante menores

85. J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *cit.*, p. 19. En sentido crítico, E.GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *cit.*, p. XXIII.

86. Las agresiones y abusos sexuales pierden su carácter semiprivado y son perseguibles ya (al igual que el acoso) no sólo por denuncia de la persona agravada, sino también mediante querrela del Ministerio Fiscal (art. 191).

87. La ley considera “en todo caso” no consentidos los abusos sobre menores de doce años o sobre personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental. En estos supuestos, la pena que se impone es muy superior a la generalmente prevista para los abusos sexuales.

de edad o incapaces o difusión, venta o exhibición de material pornográfico entre menores de edad o incapaces (arts.185 y 186).

También se incluyen las infracciones penales consistentes en la promoción, favorecimiento o explotación de la *prostitución* ajena. Estas comprenden desde la prostitución y explotación sexual de menores o incapaces a los diversos supuestos de prostitución forzada y de prostitución consentida punible.

h) La *omisión de socorro* se contiene en el Tít.IX del Libro II (arts. 195-196). La figura básica coincide con el anterior artículo 489 ter, salvo en lo relativo a la omisión de socorro en casos de accidentes. Discrimina, en efecto, el art. 195,3 entre que el accidente fuera causado fortuitamente por el que omitió el auxilio, o que lo fuera por imprudencia⁸⁸, imponiendo penas diversas en uno y otro caso⁸⁹. Por su parte, el art. 196 incluye una incriminación específica agravada para “el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas”.

i) La tutela de *la intimidad, privacidad y de la propia imagen*, tan deficiente en el Código Penal anterior, se ve reordenada en el nuevo Código a través de disposiciones de nuevo cuño, tanto en cuanto al descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y ss.)⁹⁰, como respecto del allanamiento de morada (arts. 197-204)⁹¹.

Las modalidades delictivas en materia de *secretos*, perseguibles (en general) a instancia de parte (art. 201), incluyen el secreto laboral y profesional (art. 199)⁹² –no así el empresarial (arts. 278 y s.)– y tienen ya en cuenta las posibilidades agresivas que respecto de la intimidad y propia imagen alcanzan diversos instrumentos técnicos, cada vez más sofisticados, con los que se pueden interceptar

88. Llama la atención esta regulación de los supuestos de accidentes a la vista del contenido del art. 11 b), que exigiría imponer las penas del delito conforme al resultado producido (muerte, lesiones). E.GIMBERNAT, “Prólogo”, *cit.*, p.16.

89. Cuando el accidente fue fortuito, la omisión se castiga con prisión de 6 meses a un año y multa de seis a doce meses. Si el accidente lo fue por imprudencia, prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.

90. A.JORGE BARREIRO, “El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)”, *La Ley*, núm. 4038, 1996; VALLINA y ESCUDERO MORATALLA, “La cláusula de secreto profesional en el Código Penal de 1995”, *Revista General de Derecho*, núm. 615, 1995; J.M.MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, “La protección penal del secreto médico en el Derecho español”, *Actualidad Penal*, 4/10-3-1996. R.REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*, Barcelona, 1996.

91. J.M.VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *cit.*, p.19. Ver también, J.J.LOPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en el nuevo Código Penal”, *Cuadernos Jurídicos*, núm.42, 1996; A.PEREZ VALLEJO, “La informática y el Derecho Penal”, *Actualidad Informática Aranzadi*, abril, 1996; M.MAR-CHENA GOMEZ, “Intimidad e informática: La protección jurisdiccional del Habeas Data”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15-2-1996.

92. A.JORGE BARREIRO, “El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)”, *LA LEY*, 17 mayo 1996, pp. 1 y ss.

las comunicaciones o grabar y reproducir imagen, sonido o datos de todo tipo. Una previsión especial merece, además, la protección de datos reservados registrados y, muy en particular, si afectan a informaciones “de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual” o si “la víctima fuere un menor de edad o incapaz”.

En cuanto al *allanamiento de morada*, se recoge junto a la figura tradicional de entrada en morada ajena o permanencia en la misma contra la voluntad de su morador, el allanamiento de domicilios de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (art. 203). Este delito consiste en entrar “contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura”⁹³. En caso de permanencia o mantenimiento contra la voluntad del titular sólo es delito si es realizado con violencia o intimidación; sin violencia o intimidación los hechos son constitutivos de falta.

j) Entre *los delitos contra el honor* (arts. 205-216), se redefinen las injurias, consideradas legalmente como “acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Para que las injurias sean constitutivas de delito se requiere que puedan ser consideradas graves en el concepto público, debido a su naturaleza, efectos y circunstancias, alcanzando esta calidad las imputaciones de hechos si se producen “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

k) Cierran la disciplina de los delitos contra las personas los *delitos contra la propiedad*.

La protección del patrimonio individual se liga en el nuevo Código Penal a la tutela del orden socioeconómico, opción criticable desde un punto de vista sistemático, aun cuando merezca aplauso el que, por vez primera, aparezca el orden socioeconómico entre los bienes jurídicos penalmente tutelados.

Son delitos contra el patrimonio:

- los *hurtos*;
- *el robo con violencia o intimidación en las personas*,
- *el robo con fuerza en las cosas*,
- la *extorsión*, esto es, obligar a otro con ánimo de lucro y violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en su perjuicio o de tercero (art. 243),

93. Si los hechos se producen con violencia o intimidación, se agravan las penas aun cuando en el caso del establecimiento mercantil o local abierto al público la conducta no sea fuera de las horas de apertura (art. 203, 2).

Por su parte, y entre los delitos contra el orden público, el art.558 castiga la perturbación grave del “orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en actos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente, o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales.

- el robo y hurto de uso de vehículos y ciclomotores,
- las usurpaciones: ocupaciones de bienes inmuebles o usurpación de derechos reales inmobiliarios, alteraciones de términos o lindes, señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos,
- las defraudaciones: estafas, apropiación indebida, defraudaciones de fluidos y análogos y
- los daños.

También en el marco de las figuras tradicionales contra el patrimonio⁹⁴, se han producido variantes de importancia:

Desaparecen los delitos complejos de robo con homicidio, con lesiones... (art. 242) y se elimina en la definición del hurto la inexistencia de fuerza en las cosas o las personas. Esto permitirá reconducir a los arts. 234 y ss. (hurto) verdaderos supuestos de apoderamiento con “fuerza en las cosas” que no caben en la lista cerrada del art. 238. Define éste, en efecto, en enumeración cerrada, como modalidades de la fuerza necesaria para que haya robo con fuerza en las cosas⁹⁵:

- escalamiento;
- rompimiento de pared, techo o suelo o fractura de puerta o ventana;
- fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo;
- uso de llaves falsas⁹⁶;
- inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Se habla de “robo y hurto de uso de vehículos” de motor⁹⁷, excluyendo, por tanto, del art. 244 las apropiaciones indebidas de uso. Tampoco se sancionan directamente en este artículo, sino en el art. 242 (robo con violencia o intimidación) los supuestos de robo de uso con violencia o intimidación en las personas.

El delito de usurpación ve ampliado su contenido al abarcar también las ocupaciones no autorizadas de inmuebles, viviendas o edificios, sin necesidad de empleo de violencia o intimidación (art. 245,2), como frecuentemente sucede en las ocupaciones de viviendas no habitadas.

94. L. RODRIGUEZ RAMOS, “Los nuevos delitos de robo”, *La Ley*, núm. 3996, 1996.

95. Esta fuerza debe, conforme al art. 237, emplearse “para acceder al lugar” donde se encuentran las cosas muebles ajenas objeto del apoderamiento. No entra ya en el concepto de robo en las cosas (sino en el hurto) el empleo de fuerza para salir del lugar al que se accedió sin fuerza.

96. Son “llaves falsas” (art. 239): 1) las ganzúas u otros instrumentos análogos; 2) las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal; 3) cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el dueño. Añade, además, el art. 239 que, “a los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”.

97. Con inclusión de los ciclomotores.

Por previsión expresa de la ley, las *estafas*⁹⁸ acogen ya, sin duda alguna, los llamados “fraudes informáticos”⁹⁹, esto es, cuando las transferencias patrimoniales no consentidas y en perjuicio de tercero se logran no mediante la entrega de las cantidades por aquel a quien se ha inducido a error, sino mediante “alguna manipulación informática o artificio semejante” (art. 248,2).

En cuanto a la *apropiación indebida*, el art.254 contempla el supuesto de quien, recibiendo algo (dinero o cosas muebles) por error, se niega a devolverlo, claramente dirigido a proteger a los bancos de las consecuencias de sus errores en relación con sus clientes, algo que parece excesivo al tomar como instrumento al Derecho Penal.

Por su parte, y en las *defraudaciones de fluidos*, se incluye el uso no consentido de equipos terminales de telecomunicación (p.e. el teléfono) en perjuicio de su titular (art. 256).

En los *delitos de daños* (superiores a 50.000 pts.), el art. 264 II se ocupa, entre los tipos cualificados, de la destrucción, inutilización o daño de datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. De otra parte, los daños imprudentes son únicamente constitutivos de delito cuando se realicen por imprudencia grave y en cuantía superior a diez millones de pesetas, siendo perseguibles sólo mediante denuncia del agraviado o su representante legal (y el Ministerio fiscal en casos de menores de edad, incapaces o personas desvalidas)(art. 267).

B) Delitos contra la Sociedad

a) Dentro de los delitos contra la sociedad cabe aludir, en primer término, a *los delitos contra los sentimientos religiosos*, comprensivos tanto de las figuras estrictamente contrarias a la libertad de conciencia (arts. 522 y 523), como de los delitos de profanación y escarnio¹⁰⁰ (art. 524 y s.) y respeto a los difuntos (art. 526).

b) Merecen asimismo incluirse en esta sede *los delitos contra las relaciones familiares*, objeto del nuevo Título XII del Libro II del CP (arts.217 a 233).

La amplia mayoría de las figuras delictivas que aquí se agrupan eran ya conocidas en el Código anterior: matrimonios ilegales (bigamia, matrimonios inválidos, autorización de matrimonios nulos), suposición de parto y alteración de estado civil (hasta por compraventa de menores) y delitos contra los derechos y deberes familiares. Estos comprenden el quebrantamiento de los deberes de custodia, inducción de menores al abandono del domicilio, abandono de familia, de menores o de incapaces, utilización de menores o incapaces para la mendicidad.

98. E.BERMEDEZ OCHOA, “Estafas”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 2 cit., pp.55 y ss.

99. D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, cit., p.134.

100. Tanto de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, como de quienes no profesan religión o creencia alguna.

También se inserta en este último conjunto el *impago de prestaciones derivadas de separación o divorcio* (art. 227), que se realiza por el mero transcurso del tiempo (dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos) sin que se exija expresamente la creación de una situación de necesidad o desamparo.

c) Aun cuando el Código Penal los incluye en el Título XIII, junto a los *delitos* contra el patrimonio, las figuras *contra el orden socioeconómico*¹⁰¹ constituyen propiamente infracciones contra la sociedad y, en su caso, contra el Estado (cuando son infracciones contra el orden público económico)¹⁰².

Híbridos entre los delitos contra el patrimonio individual y el orden socioeconómico son *los delitos de insolvencia* (arts.257 y ss.)¹⁰³ –intensamente reformulados para dotarles de mayor independencia respecto del derecho civil y mercantil, evitar la elusión de responsabilidades civiles derivados del delito (art. 258) y castigar el favorecimiento de acreedores (art. 259) o ciertas conductas falsarias (art. 261)– y *las alteraciones de precios en concursos y subastas públicas* (art. 262), que ven igualmente ampliado su contenido.

Por lo demás, las figuras contra el orden socioeconómico que el nuevo Código Penal recoge en el Tit.III son:

– los *delitos relativos a la propiedad intelectual* (arts.270-272): reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de obras literarias, artísticas o científicas, con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero y sin la autorización de los titulares de los derechos, así como “fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”¹⁰⁴;

– la protección de patentes y marcas, dibujos, modelos industriales, topografías de semiconductores y denominaciones de origen, objeto de *los delitos relativos a la propiedad industrial* (arts.273-277),

– los *delitos relativos al mercado y a los consumidores* (arts. 270-286)¹⁰⁵, con inclusión, entre otros, de: la violación de secretos empresariales (art. 278), acaparamiento de materias primas o bienes de primera necesidad (art. 281), el

101. V.GIMENO SENDRA, “Los delitos económicos en el Nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 249, 1996; MORENO CANOVES y RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 2623, 270 a 310 del nuevo Código Penal (Concordados y con jurisprudencia)*, Madrid, 1996.

102. F.MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial, cit.*, pp. 889 y ss.

103. Alzamiento de bienes, quiebra, concurso o suspensión de pagos punibles.

104. Esta última modalidad delictiva resulta, en cualquier caso, excesivamente amplia en cuanto a su alcance y debía haberse restringido a los casos en que se realizara con fines comerciales.

105. Ver M.MARCHENA GOMEZ, “Delitos relativos contra el mercado y los consumidores”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 3, *cit.*, pp.173 y ss.; A.DE VEGA RUIZ, *Los delitos contra el consumidor en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996.

delito publicitario (art. 282)¹⁰⁶, la facturación fraudulenta de productos medidos por aparatos automáticos (art. 283), maquinaciones para alterar los precios de las cosas (art. 283) y del *insider trading*¹⁰⁷: esto es, utilización de información privilegiada relativa a los mercados de valores para la obtención de un lucro propio o ajeno superior a 75 millones de pesetas o causando un perjuicio de similar cantidad (art. 285),

– la *sustracción de la cosa propia a su utilidad social o cultural* (art. 289),

– los *delitos de receptación y afines* (arts.298-304): favorecimiento con ánimo de lucro de los responsables de delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico o de faltas contra la propiedad, y *blanqueo* de bienes provenientes de cualquier tráfico constitutivo de delito grave (arts. 301 y ss.)¹⁰⁸, supuesto que puede sancionarse cuando se realicen por imprudencia grave (art. 301,3), y

– los nuevos *delitos societarios* (arts. 290-297)¹⁰⁹: falseamiento patrimonial, administración desleal, abuso de posición mayoritaria o mayorías ficticias, impedimento de ejercicio de derechos sociales, resistencia a inspecciones o supervisiones, abuso de información privilegiada. La doctrina ha sido muy crítica respecto de esta nueva regulación penal, por considerar que los comportamientos incriminados ya eran objeto de tratamiento jurídico por parte del Derecho mercantil y, sin embargo, se han olvidado importantes actos delictivos conocidos por el Derecho Penal Comparado: como la no inscripción registral de ciertos acuerdos y contabilidades, no convocatoria de juntas, falso domicilio social...¹¹⁰.

Salvo si afectan a intereses generales o a una pluralidad de personas, los delitos relativos al mercado y los consumidores y los delitos societarios son sólo perseguibles a instancia de parte (art. 287).

106. Dispone el art. 282: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

107. D.LOPEZ GARRIDO, M.GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, cit., p.143.

108. F.SOTO NIETO, “El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo”, *LA LEY*, núm.4015, 1996; J.ZARAGOZA AGUADO, “Receptación y blanqueo de capitales”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, cit., pp. 449 y ss.

109. P.FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, y “Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Santiago, 1996, pp.165 y ss.; J.GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996; *Delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996; J.M.MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, “Los delitos societarios”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, cit., pp.349 y ss.; L.RODRIGUEZ RAMOS, “Los nuevos delitos pseudosocietarios”, *Bol. del Ilstre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm.1, tercera época, 1996, pp. 73 ss.; VARIOS, *Delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Bufete Hermsilla, Madrid, 1996.

110. E.RUIZ VADILLO, “Prólogo...”, cit., p. 17.

Fuera del Tít. XIII también existen figuras contra el orden socioeconómico.

Este es el caso de los *delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social* (arts. 305-310)¹¹¹, más directamente contrarios al orden público económico y que comprenden:

– el *fraude a la Seguridad Social*, por importe superior a los quince millones de pts.,

– la *defraudación fiscal* (superior a los quince millones de pesetas) a la Hacienda estatal, foral, local o de las Comunidades Europeas (en este caso, si excede de 50.000 ecus),

– el *disfrute indebido de subvenciones* (superiores a diez millones de pts.), obtención indebida de fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a 50.000 ecus, y

– el *delito contable*: grave incumplimiento de las obligaciones tributarias relativas a contabilidad mercantil, libros o registros oficiales.

Igualmente, se cuentan entre los contrarios al orden socioeconómico los *delitos contra los derechos de los trabajadores* (arts. 311 a 319)¹¹²:

– *imposición ilegal de condiciones laborales*,

– *tráfico ilegal de mano de obra* (con inclusión del empleo de extranjeros sin permiso de trabajo o en condiciones precarias),

– *reclutamiento ilegal*,

– *inmigración clandestina, determinación o favorecimiento fraudulento de la emigración*,

111. E.BACIGALUPO ZAPATER, “El nuevo delito fiscal”, *Actualidad Penal*, 4/10-12-1995; J.DELGADO GARCIA, “De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social”, *La Ley*, núm. 4025, 1996; M.C.GOMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996; J.M.HERREIRO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “Estudio sobre el delito fiscal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.289, 1996; M.LAMELA FERNANDEZ, “Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, *La Ley*, núm. 4008, 1996; C.MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Estudio de las modificaciones introducidas por la L.O. 6/95*, Madrid, 1996; C.MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, 1996; J.M.PARETS PLANES, “Delito fiscal”, *Cuadernos Jurídicos*, 37, 1996; M.A.RANCAÑO MARTIN, *El delito de defraudación tributaria*, 1996; J.TIRADO ESTRADA, “El concepto de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito fiscal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.248, 1996; R.DE VICENTE MARTINEZ, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Madrid, 1996; M.ZURITA, “Los delitos contra las Haciendas públicas y la Seguridad Social”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, cit., pp.383 y ss.

112. M.J.DOLZ LAGO, *Las imprudencias punibles en la construcción desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial (adaptado al Código Penal de 1995 y a la ley de prevención de riesgos laborales)*, Granada, 1996; J.FERNANDEZ DOMINGUEZ, “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, *La Ley*, núm. 4031, 1996; J.A.SAINZ RUIZ, “Los delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 3, cit., pp.227 y ss.

- grave discriminación en el empleo,
- impedimento o limitación del ejercicio del derecho de libertad sindical o de huelga,
- coacción a la huelga, y
- delitos de riesgo por infracción (dolosa o imprudente) de medidas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo.

d) Los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (arts. 319 a 340)¹¹³, integran el nuevo Tit. XVI del Libro II CP, sustancialmente nuevo. Sólo el contenido del art. 325, entre los dirigidos a la protección del ambiente, recuerda al anterior delito de contaminación del art. 347 bis. Por lo demás, se incriminan aquí:

- el delito urbanístico, consistente en la construcción no autorizada en determinados suelos o la edificación no autorizable en suelo no urbanizable,

- el derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos, delito sobre el patrimonio histórico, susceptible de comisión punible imprudente en el caso de daños (superiores a 50.000 pts.) en archivos, registros, museos, bibliotecas, centros docentes, gabinetes científicos, instituciones análogas o bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental o en yacimientos arqueológicos (art. 324), y

- las figuras contra los recursos naturales y el medio ambiente, distribuidas en el Código Penal en dos capítulos:

- . el primero (capt.III) relativo a los hechos dolosos e imprudentes (art. 331) de contaminación ambiental, establecimiento ilegal de depósitos o vertederos de sustancias tóxicas o peligrosas, y daño a los espacios naturales, y

- . el segundo (Capt.IV) sobre protección de la fauna y la flora.

Dada la fuerte dependencia administrativa de la mayor parte de las conductas delictivas comprendidas en este título y la trascendencia que la intervención funcional puede alcanzar a la hora de tolerar los delitos, los arts.320, 322 y 329 tipifican de manera específica una modalidad de prevaricación funcional, con-

113. A.CABANILLAS SANCHEZ, *La reparación de daños al medio ambiente*, 1996; C.CONDE-PUMPIDO TOURON, "La tutela del medio ambiente. Análisis de las novedades más relevantes", *La Ley*, núm.4025, 1996; C.LOPEZ-CERON, "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, cit., pp. 587 ss.; C.J.LORENTE AZNAR, *Empresa, derecho y Medio ambiente. La responsabilidad empresarial por daños al medio ambiente*, 1996; F.MORALES PRATS, "Delito ecológico y modelo ambiental", *Cuadernos Jurídicos*, núm.36, 1995; J.J.PEREZ DE GREGORIO, "Los delitos contra el medio ambiente", *La Ley*, núm.3981, 1996; G.RUIZ RICO, *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Jaén, 1996; J.A.DE VEGA RUIZ, *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996A; VERCHER NOGUERA, "Delitos contra la ordenación del territorio", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, cit., pp.529 y ss.; A.VERCHER NOGUERA, "Delitos contra el patrimonio histórico", *ibidem*, pp. 557 y s.

sistente en la información favorable de proyectos de edificación o proyectos de derribo o de alteración de edificios singularmente protegidos o concesión de licencias manifiestamente ilegales o la resolución o votación favorable de los mismos por sí mismos o como miembros de organismos colegiados, siempre a sabiendas de su injusticia. Estas conductas se equiparan, en el marco de los delitos contra el ambiente, a la de autoridades o funcionarios que, con motivo de sus inspecciones, hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes.

A pesar de su importancia para la protección del ambiente, los *incendios forestales* (arts.352-355) han quedado entre los delitos contra la seguridad colectiva. Tampoco se han incluido entre los delitos contra el ambiente ni los *delitos relativos a la energía nuclear y la radiactividad* (arts.341 y ss.) ni *otros delitos de riesgo*, íntimamente relacionados con aquél como los de los arts.348 a 350 del CP: realización de actividades diversas, fabricación, manipulación, transporte, etc. de objetos, sustancias u organismos peligrosos para la vida, salud o integridad de las personas o el medio ambiente.

e) Estas figuras delictivas se colocan en el nuevo Código Penal, junto a los estragos, entre los *delitos de riesgo catastrófico*, que abren la disciplina del Tít. XVI: *delitos contra la seguridad colectiva*.

Les siguen las diversas modalidades de *incendios* (arts. 351 y ss.: tipo básico, incendios forestales, incendios en zonas no forestales e incendios en bienes propios), los delitos contra la salud pública (arts.359-378) y los delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379 a 385).

Dentro de los *delitos contra la salud pública* se encuentran las figuras relativas a la elaboración o comercialización ilegal de productos nocivos y peligrosos (359-360), la fabricación y despacho de medicamentos (arts.361-362), expedición de alimentos y otros productos nocivos (art. 363), adulteración de alimentos y de animales de carnes destinados al consumo humano, así como sacrificio de los mismos y despacho al consumo público de sus carnes o productos (art. 364) y contaminación de alimentos y de agua potable (art. 365)¹¹⁴.

Constituyen también delitos contra la salud pública, conforme a la sistemática del Código Penal, los *delitos relativos a las drogas y precursores*¹¹⁵.

Se castigan aquí los actos de cultivo, elaboración, tráfico o cualquier otro modo de promoción favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, así como la posesión con aquellos fines, distinguiendo a efectos de pena según que se traten o no de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368). Las conductas se agravan si las drogas se facilitan a menores de dieciocho años, a disminuidos psíquicos, personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación, o si se introducen o difunden en cen-

114. A.DOVAL PAIS, *Fraudes alimentarios. Elementos esenciales*, 1996.

115. M.A.ZAMORA Y VAZQUEZ ALBERT, "Tráfico de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas y estupefacientes", *Cuadernos Jurídicos*, 42, 1996; y L. REY HUIDOBRO, "La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas", *La Ley*, núm. 3988, 1996.

tros docentes, militares, penitenciarios o asistenciales. También se agrava la pena cuando su realización tiene lugar en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados, si el culpable es autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, si pertenece a una organización o asociación dedicada, aun transitoriamente, a la difusión de las drogas, si se trata de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones (doble agravación) o si se participa en otras actividades delictivas organizadas. Por razón del objeto del delito las penas pueden elevarse cuando la cantidad es de notoria importancia o se adulteran, manipulan o mezclan las sustancias incrementando el posible daño a la salud (arts.369 y 370).

Junto a los hechos relativos al tráfico de drogas se sancionan en el Código Penal las conductas relativas a los precursores (arts. 371), así como los actos preparatorios (provocación, conspiración y proposición) (art. 373), previéndose específicamente, además de reglas especiales para la determinación de las cuantías de las multas y pagos, normas sobre el comiso de las drogas, productos, equipos, vehículos... y toda clase de bienes y efectos utilizados para la comisión de los delitos o que provengan de los mismos o de las ganancias obtenidas (art. 374)¹¹⁶, la reincidencia internacional y los casos de arrepentimiento (art. 376).

En realidad, la línea represiva seguida por el nuevo Código en esta materia no difiere de la anteriormente manifestada en las reformas del Código Penal de 1988 y 1992, siendo los tipos actuales sustancialmente coincidentes con los artículos 344 y ss. del Código derogado. Sólo el blanqueo ha cambiado de lugar y se encuentra en la actualidad, no limitado a los productos derivados del tráfico de drogas ilícitas, entre los delitos contra el patrimonio en el marco de la receptación y figuras afines¹¹⁷.

El capítulo IV de los delitos contra la seguridad colectiva se integra por *los delitos contra la seguridad del tráfico*:

– *conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicas o bebidas alcohólicas* (art. 279),

– *conducción temeraria con peligro concreto para la vida o integridad de las personas* (art. 381),

– *conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás* (art. 384),

– *alteración de la seguridad del tráfico* mediante colocación de obstáculos, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o de cualquier otro modo (art. 382, 1º), y

– *no restablecimiento de la seguridad de la vía* cuando deba hacerse (art. 382,2º).

116. Los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio decomisados pueden ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas (art. 374, 2, segundo inciso).

117. SOTO NIETO, "El delito de blanqueo de dinero. Esquemas de las disposiciones afectantes al blanqueo", *La Ley*, núm.4015, 1996.

Las novedades más importantes de esta regulación consisten en el hecho de la previsión expresa de los ciclomotores al lado de los vehículos a motor como objetos del delito y el tratamiento que el artículo 380 da a la negativa a someterse a los tests de alcoholemia y demás pruebas establecidas para comprobar la impregnación tóxica o por estupefacientes y psicotrópicos. Curiosamente, la remisión al delito de desobediencia grave (art. 556 CP) supone castigar este hecho con pena privativa de libertad superior, en cuanto a la duración, a la prevista para el delito objeto de investigación: la conducción bajo la influencia de alcohol o drogas, algo que suscita no pocas dudas desde la perspectiva de su constitucionalidad.

f) Con los *delitos de falsedades* (Tit.XVIII) se cierra el bloque de conductas contrarias a la Sociedad.

Son delitos de falsedades:

– la *falsificación de moneda*, con inclusión de su distribución (incluso si adquirida de buena fe, con un límite mínimo de 50.000 pts) (arts.386-389),

– la *falsificación de documentos* públicos, oficiales y mercantiles y despachos transmitidos por servicios de telecomunicación, falsificación de documentos privados, falsificación de certificados, con inclusión del libramiento de certificado falso con cualquier fin (arts.390-399)¹¹⁸,

– la *usurpación de estado civil* (art. 401),

– el ejercicio ilegítimo de actos propios de una autoridad o funcionario público, atribuyéndose carácter oficial, *usurpación de funciones públicas* (art. 402); y

– el *intrusismo* (art. 403)¹¹⁹.

El nuevo Código Penal ha hecho un gran esfuerzo en este ámbito por reducir la enojosa casuística anterior y por adecuar la regulación a los tiempos actuales. Manifestación de esto último es la inclusión en el concepto de moneda no sólo de la metálica y papel moneda de curso legal, español o extranjero, sino también a las tarjetas de crédito y de débito o los cheques de viaje (art. 387). Igualmente, y en cuanto a las falsedades documentales, la aplicación del art.26 extiende el concepto de documento a “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, lo que permite dar cabida a cintas magnetofónicas, de vídeo, listado de ordenador, etc.

118. Sobre las falsedades documentales, R.ESCOBAR JIMENEZ, “Las falsedades documentales”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, cit., pp.425 y ss.; P.FERNANDEZ PANTOJA, *El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996; VILLACAMPA ESTIARTE, “Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 22/28-1-1996.

119. Sobre intrusismo, J.A.CHOCLAN MONTALVO, “Intrusismo con ánimo de lucro y estafa”, *Actualidad Penal* 22/24-4-1996.

C) Delitos contra el Estado

a) Las reformas intervenidas en los últimos años de vida del viejo Código Penal en materia de los delitos de funcionarios y contra la Administración de Justicia, prepararon el camino del nuevo Código Penal en esta materia, preocupado por mejorar los sistemas de lucha y prevención de la corrupción administrativa¹²⁰. No son nuevas, por ello, la amplia mayoría de las figuras contenidas entre los delitos contra la Administración Pública (Tít. XIX) y los delitos contra la Administración de Justicia (Tít.XX).

Son *delitos contra la Administración Pública* (arts. 404 y ss.)¹²¹:

- la *prevaricación*;
- el *abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos*;
- la *desobediencia y denegación de auxilio*;
- la *infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos*;
- el *cohecho pasivo*¹²² y *activo*¹²³;
- el *tráfico de influencias*;
- la *malversación*;
- los *fraudes y exacciones ilegales*;
- las *negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función*.

Son *delitos contra la Administración de Justicia* los siguientes (arts.446 y ss.):

- *prevaricación* (dolosa e imprudente) de jueces y magistrados, que incluye la negativa a juzgar y el retardo malicioso en la Administración de Justicia;
- *omisión de los deberes de impedir delitos* contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual de las personas, cuando pudiere hacerse con una intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, y omisión de promover su persecución;

120. P.CRESPO BARQUERO, "Corrupción y tráfico de influencias", en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, cit., pp.481 y ss.; M.DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO y I.OLAIZOLA NOGALES, "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 223, 1995.

121. I.VELEJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho (adaptado al nuevo Código Penal)*, Madrid, 1996; R.HERNANDEZ HERNANDEZ, "Malversación", *La Ley*, núm.4004, 1996; H.ROLDAN BARBERO, "El delito de desobediencia funcional", *La Ley*, núm. 3982, 1996.

122. Solicitud o recepción de beneficios o promesa de obtenerlos a cambio de la comisión de algún delito o de cualquier acto injusto no delictivo, o incluso de un acto lícito propio del cargo, o a cambio de abstenerse de la realización de un acto que debiera practicar.

123. Actos de los particulares dirigidos a corromper o intentar corromper a autoridades o funcionarios públicos. No incluye ya la oferta de regalos para la realización de actos lícitos propios del cargo.

– *encubrimiento*; éste ha dejado de ser una forma de participación para pasar a constituir un conjunto de infracciones independientes;

– *realización arbitraria del propio derecho* (que no exige ya el apoderamiento de una cosa perteneciente al deudor);

– *acusación y denuncia falsas y simulación de delitos*;

– *falso testimonio*;

– *obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional*; y,

– *quebrantamiento de condena*.

b) Otro es el caso de *los delitos contra la Constitución* (arts. 472 y ss.)¹²⁴:

– *rebelión*;

– *delitos contra la Corona*;

– *delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*;

– *delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas* –delitos de discriminación, reuniones o manifestaciones ilícitas, asociaciones ilícitas– y *al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria*;

– *delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*: delitos contra el libre ejercicio de derechos cívicos¹²⁵, obstaculización del derecho a asistencia de abogado, delitos contra las libertades de expresión, reunión y asociación, expropiación ilegal, delitos contra la libertad individual, delitos contra la inviolabilidad domiciliaria y otras garantías de la intimidad;

– *ultrajes a España*.

Cohherentemente con el cambio político intervenido con la Constitución, estas figuras delictivas, objeto de un intenso debate político, se han visto fuertemente reconsideradas en algunos de sus puntos centrales.

La reforma del *delito de rebelión* se ha centrado, al margen de la mención expresa al Rey y al Regente, en lugar del Jefe del Estado, en la exigencia de que el alzamiento deba ser, además de público, violento, para integrar plenamente el delito de rebelión (art. 471).

Se amplía y mejora la protección de la Corona (arts.485 y ss.) y de las instituciones del Estado y de las Comunidades Autónomas (y de sus miembros)(arts. 492 y ss.), incluyendo una previsión expresa para castigar a quienes violen el deber de comparecencia y de decir la verdad ante comisiones de investigación parlamentarias y a cuantos obstaculicen la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas (art. 502).

124. F.FERNANDEZ RODERA, “De los delitos de rebelión y sedición”, *La Ley*, núm.4014, 1996.

125. H.ROLDAN BARBERO, “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, *LA LEY*, núm.4002, 1996.

Los delitos contra los derechos constitucionales se ven enriquecidos en cuanto a las modalidades de *discriminación punible*¹²⁶, comprensiva de:

– la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía (art. 510, 1);

– la difusión, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a las mismas cuestiones (ideología, religión o creencias...); y

– la denegación por parte del encargado de un servicio público de una prestación a la que una persona o grupo tengan derecho, por causas ideológicas, de religión o creencias, pertenencia a una etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía (art. 511 y 512)¹²⁷.

Se restringe el ámbito de las personas susceptibles de sanción por las *reuniones o manifestaciones ilícitas* (arts.513 y s.). Los meros asistentes son ya sólo punibles si portan armas u objetos peligrosos o realizan actos de violencia y deja de estar expresamente prevista la responsabilidad penal de los que celebren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido expresamente prohibida o disuelta¹²⁸.

Por contra, el listado de *asociaciones ilícitas* se ve ampliado con las que empleen medios de alteración o control de la personalidad para la consecución de sus fines, aun cuando éstos sean lícitos (art. 515-3º), y las que promuevan o inciten al odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía (art. 515-5º). Se incluyen también expresamente entre las asociaciones ilícitas las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (art. 515-2º).

Como sucedía en el Código Penal anterior, también los funcionarios pueden cometer “*delitos contra las garantías constitucionales*”:

– libertad individual (arts. 529 y ss.);

– inviolabilidad de domicilio e intimidad en los papeles o documentos, correspondencia privada, postal o telegráfica, comunicaciones y telecomunicaciones (arts. 534 y ss.); y

126. C.CONDE-PUMPIDO TOURON, “La tutela penal de la igualdad: discriminación de la discriminación en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 241, 1996.

127. El Código Penal contiene, además, como ya se ha dicho más arriba, una agravante genérica consistente en la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas o referentes a la ideología, religión o creencias de la víctima, su etnia, raza, nación, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía (art. 22, 4º).

128. Ver antiguo art. 169 del Código Penal derogado.

– otros derechos individuales (arts. 537 y ss.): derecho a la asistencia letrada y a ser informado de sus derechos y razones de la detención, derecho a la libertad de información, asociación y reunión, derecho a la propiedad y demás derechos cívicos.

En cuanto a los *ultrajes a España* (art. 543) se elimina la referencia al ultraje al sentimiento de unidad de la nación Española o a su forma política y se incluyen las ofensas o ultrajes a las Comunidades autónomas.

c) Son *infracciones penales contra el orden público* (Tit.XXII):

- la *sedición*,
- los *atentados contra la autoridad*,
- la *resistencia y desobediencia*,
- los *desórdenes públicos*,
- la *posesión, tráfico y depósito de armas, municiones, explosivos*, y
- los *delitos de terrorismo*.

A la vista de la nueva regulación anterior, lo primero que destaca es la desaparición de los delitos de desacato¹²⁹ y el cambio de perspectiva en la regulación de los delitos de terrorismo (Sección 2ª, Capt. V: arts. 571-580). Estos pasan a ser plenamente infracciones específicas, eliminándose las anteriores cláusulas (agravatorias y para casos de desistimiento) de carácter general.

En el texto actualmente vigente los delitos de terrorismo comprenden no sólo las actividades de los grupos terroristas¹³⁰ o la colaboración con las actividades o finalidades de éstos¹³¹, sino igualmente el terrorismo individual dirigido a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (art. 577). Las penas previstas exceden del límite general de los veinte años de privación de libertad y pueden alcanzar los treinta años¹³². Además, para casos de terrorismo (y de trá-

129. Crítica, no obstante, E.GIMBERNAT ORDEIG el que ello no haya llevado a suprimir otros delitos similares, como los insultos al Rey (que ha ampliado su marco de acción a los ascendientes y descendientes del Rey, la Reina consorte y al consorte de la Reina)(arts. 490 y s.), a las instituciones del Estado o a los Ejércitos (arts.504 y s.), y hasta los ultrajes a España, a sus símbolos y emblemas (art. 534). “Prólogo”, *cit.*, pp. XXI y s.

130. Estragos, incendios, homicidios, lesiones, detenciones ilegales, amenazas, coacciones, depósitos de armas y explosivos..., delitos contra el patrimonio, cualquier otro delito.

131. Son actos de colaboración para el Código Penal (art. 576) “la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

132. No obstante, y como en los delitos relativos a las drogas (art. 376), cabe la reducción especial de las penas si se abandonan voluntariamente las actividades y el sujeto se presenta ante las autoridades para confesar los hechos y colaborar activamente en orden a frustrar el delito, conseguir pruebas para identificar a los culpables o que ayuden a impedir la acción o el desarrollo de los grupos u organizaciones (art. 579).

fico de drogas) está previsto el art. 78 que permite al juez o tribunal ordenar que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias¹³³.

Por lo que respecta a los demás delitos contra el orden público, el empleo del término “armas prohibidas” en lugar de “armas de fuego” amplía el ámbito de aplicación de los *delitos de tenencia ilícita de armas* que sufren pocas modificaciones (arts. 563 y ss.).

La *resistencia a la autoridad* es ahora sólo punible al mismo nivel que el atentado si, además de grave, es activa (art. 550), remitiéndose los supuestos de resistencia activa no grave y resistencia pasiva al art. 556, junto a la desobediencia grave.

Se retoca algo la disciplina de *los desórdenes públicos* (arts. 557 y ss.) que comprenden:

- la actuación en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública alterando el orden público y causando lesiones, produciendo daños en propiedades, obstaculizando vías públicas o sus accesos de manera peligrosa para los que circulen por ellas o invadiendo instalaciones o edificios;

- la perturbación grave del orden en la audiencia de tribunales o juzgados, en actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegios electorales, oficinas o establecimientos públicos, centros docentes o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales;

- la perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguien el ejercicio de sus derechos cívicos;

- la causación de daños interrumpiendo, obstaculizando o destruyendo líneas o instalaciones de telecomunicaciones, vías férreas (o causando daño grave a la circulación ferroviaria), conducciones o transmisiones de agua, gas, electricidad para poblaciones, o la correspondencia postal;

- la afirmación falsa de la existencia de aparatos explosivos u otros similares con ánimo de atentar contra la paz pública.

d) Los *delitos de traición*¹³⁴ y *contra la paz o independencia del Estado*¹³⁵ y *los delitos relativos a la defensa nacional*¹³⁶ sufren escasas modificaciones.

133. Esto, sin perjuicio de que, por razones de tratamiento, ulteriormente el Juez de Vigilancia pueda acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, oído el Fiscal y valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social.

134. Inducción a la guerra, favorecimiento del enemigo, espionaje, declaración inconstitucional de guerra o firma de la paz (arts. 581 y ss.).

135. Actos ilegales de hostilidad, contra la neutralidad, violación de tregua o armisticio, recluta ilegal, correspondencia con país enemigo, salida del territorio nacional para pasarse al enemigo; publicación o ejecución de disposiciones de gobiernos extranjeros, inteligencia con gobiernos, grupos o asociaciones extranjeras, derrotismo (arts. 589 y ss.).

136. Descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional, delitos contra el deber de prestación del servicio militar (arts. 598 y ss.).

Sólo merecen por ello especial atención la *insumisión* al servicio militar (art. 604) y a la prestación social sustitutoria (arts. 527 y s.)¹³⁷, ésta colocada junto a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro de los contrarios a la Constitución.

Se castigan aquí, por una parte, el retraso en la incorporación al servicio militar por más de un mes o la no presentación sin causa justificada, y la negativa a cumplir el servicio sin causa legal una vez presentado (art. 604). Por su parte, la Sección 3 del Capt.IV, Tít.XXI) contempla la llamada insumisión a la prestación social sustitutoria (retraso en la incorporación a la misma por más de un mes, ausencia de la misma por más de veinte días consecutivos o de treinta no consecutivos, negativa explícita o por actos concluyentes al cumplimiento de la prestación una vez presentado)(art. 527) y la falsa alegación de objeción de conciencia (art. 528).

La opción elegida por el nuevo Código para resolver el problema de la insumisión resulta inaceptable. No parece propio de una sociedad que entra en el tercer milenio y continúa asumiendo los valores de la modernidad seguir considerando delincuentes a jóvenes que, normalmente por razones de conciencia, de rechazo de una sociedad militarista y defensores de la paz, sin violar propiamente ningún bien jurídico digno de tutela penal, se limitan a desobedecer la ley, negándose a participar en el Ejército directamente o a través de la vía sustitutoria elegida para la objeción de conciencia, cuya regulación tiende objetivamente a reafirmar el servicio militar obligatorio. El hecho de la previsión, en lugar de la pena privativa de libertad, de una inhabilitación absoluta de 8 a 12 años (art. 527) no ayuda a reducir el rechazo que suscita esta opción de política penal. Se trata, en efecto, de una pena grave (art. 33,2 b) e inusual por su desmesurado alcance: frente al contenido ordinario de la inhabilitación absoluta, centrada en los honores, empleos y cargos públicos del penado (art. 40), ésta abarca no sólo todo tipo de empleo o cargo al servicio de la Administración, entidades y empresas públicas u organismos autónomos, sino también la obtención de toda suerte de subvenciones, becas o ayudas públicas.

D) Delitos contra la comunidad internacional

Los delitos contra la comunidad internacional (arts. 605-616) integran el contenido del último título del Libro II (Tít.XXIV) que recoge en parte figuras anteriormente tipificadas como delitos contra la seguridad exterior del Estado, pero dotándoles de una significación distinta.

Son delitos contra la comunidad internacional:

– los *delitos contra el derecho de gentes*: atentados contra la vida, salud e integridad física de Jefes de Estado extranjeros o personas internacionalmente protegidas y violación de la inmunidad personal de jefes de Estado extranjeros o personas internacionalmente protegidas (arts.605 y 606);

137. M.ALENDASALINAS, *El régimen penal de la prestación social de los objetores de conciencia*, Valencia, 1996; J.A.SAINZ RUIZ, *Objeción de conciencia e insumisión al servicio militar, regulación legal y jurisprudencia*, 1996.

– los *delitos de genocidio*¹³⁸, incluida la apología de genocidio (art. 607); y

– *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, constitutivos en lo fundamental de los crímenes de guerra previstos en las Convenciones de La Haya (1899) y de Ginebra (1949), con sus Protocolos adicionales (arts. 608-614): tortura, maltrato, trato inhumano (incluidos los experimentos biológicos), empleo de métodos o medios de combate prohibidos, ataques indiscriminados, destrucción de buques o aeronaves no militares, ataques o actos de represalia, destrucción o pillaje contra el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, bienes de carácter civil o indispensables para la supervivencia de la población civil, delitos contra prisioneros de guerra, civiles, personal sanitario o religioso o de las sociedades de socorro, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas neutralizadas, localidades no defendidas o zonas desmilitarizadas, otras violaciones de los tratados internacionales ratificados por España relativos a la conducción de hostilidades, protección de heridos, enfermos y náufragos, trato a prisioneros de guerra, protección de personas civiles y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.

2. Faltas

Si el Libro II recoge las infracciones penales graves y menos graves, según la terminología del nuevo Código, la sede de las faltas (infracciones penales leves) es el Libro III¹³⁹, un Libro realmente poco cuidado y cuyo contenido va progresivamente reduciéndose.

Las faltas, conforme al art. 13,3 son “las infracciones que la Ley castiga con pena leve”, estando definidas las penas leves en el art. 33,3 del Código Penal.

Por su carácter leve, rigen para las faltas algunas reglas especiales en cuanto a la intervención penal:

Las faltas sólo se castigan si han sido consumadas, salvo las faltas intentadas contra las personas o el patrimonio (art. 15,2 CP).

De otra parte, en la aplicación de las penas por faltas, se concede un mayor margen al arbitrio judicial, que no tiene por qué sujetarse a las reglas de los arts. 61 a 72 (grado de ejecución, autoría y participación, atenuantes y agravantes, eximentes incompletas), pudiendo actuar atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable (art. 638). Sí que resultan, en cualquier caso, aplicables las reglas concursales (arts.73 a 79).

En tercer lugar, hay faltas sólo perseguibles por denuncia de la persona agraviada o de su representante legal¹⁴⁰: las del art. 620, amenazas y coacciones leves, las faltas culposas contra las personas (art. 621) y la alteración de lindes o términos

138. Declarado imprescriptible (art. 131,4).

139. Por todos, M.AYO FERNANDEZ, *Las Faltas en el Código Penal y el Juicio Verbal de Faltas. Especial consideración al nuevo Código Penal*, 3ª ed., Pamplona, 1996.

140. O del Ministerio Fiscal si el agraviado fuere menor de edad, incapaz o persona desvalida (art. 639).

cuya utilidad no exceda de 50.000 pts. o no sea estimable (sólo perseguible por denuncia del perjudicado)(art. 624). En estos casos, conforme al art. 639, “la falta de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención”.

Las faltas que el Código Penal recoge se agrupan (en títulos sucesivos del Libro III) de la manera siguiente:

- faltas contra las personas,
- faltas contra el patrimonio,
- faltas contra los intereses generales y
- faltas contra el orden público.

A) Faltas contra las personas

Son faltas contra las personas las *de lesiones dolosas*, no constitutivas de delito (art. 617,1), esto es, las que no requieren, sin perjuicio de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (y sin que pueda considerarse tratamiento la vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión).

También son faltas contra las personas:

- las faltas de *malos tratos*, consistentes en golpear o maltratar a otro sin causarle lesión (art. 617,2),

- determinados *hechos contra menores, incapaces o personas de edad avanzada o discapacitadas desvalidas*: omisión de presentación del menor o incapaz a la autoridad o su familia o de auxilio, si se encuentra abandonado (art. 618), no prestación de asistencia o auxilio a personas de edad avanzada o discapacitadas que se encuentren desvalidas y dependan del cuidado del culpable (art. 619), quebrantamiento de resoluciones de la autoridad judicial o entidad pública tutelante, no constitutivas de delito o falta de desobediencia (art. 622),

- *amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos, o sacarlos en riña*, no en justa defensa, y *amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve*, perseguibles sólo a instancia de parte (art. 620), y,

- conductas de *homicidio y/o lesiones por imprudencia leve o lesiones menos graves (las del art.147,2) por imprudencia grave* (art. 621), también perseguibles únicamente a instancia de parte¹⁴¹ y con previsión expresa de penas privativas de derechos si se cometen con vehículo de motor o ciclomotor o arma.

B) Faltas contra el patrimonio

Los *hurtos* de cosas o el *robo* (salvo con violencia o intimidación) y *hurto de vehículo a motor o ciclomotor* ajeno si el valor de la cosa o del vehículo utilizado, no supera las 50.000 pts.(art. 623-1º y 3º).

141. Curiosamente, hasta para el homicidio por imprudencia leve se señala que es sólo perseguible previa denuncia no del perjudicado, sino del *agraviado* (esto es, del muerto). Dado que toda representación se extingue con la muerte, el muerto ya no tiene representante legal, por lo que el único modo de perseguirlo habrá de ser aplicando el art. 639, que prevé la persecución por el Ministerio fiscal si el agraviado es menor de edad, incapaz o persona desvalida.

Las sustracciones de las cosas muebles por parte del dueño o con su consentimiento, de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de tercero (*furtum possessionis*), si el valor de la cosa no excediere de 50.000 pts.

Las estafas, apropiaciones indebidas, defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 50.000 pts. (art. 623,4º).

Las alteraciones de términos o lindes o cualquier clase de señales o mojones, de utilidad inestimable o que no exceda de 50.000 pts. (art. 624).

Los daños intencionales¹⁴² de importe no superior a 50.000 pts. Estos se agravan si recaen sobre bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental (art. 625).

Deslucimiento de bienes de dominio público o privado sin la autorización administrativa o de sus propietarios (art. 626).

Defraudación a la Hacienda Comunitaria superior a 4.000 ecus, eludiendo el pago de tributos o retenciones, eludiendo el ingreso a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones y disfrutando indebidamente de beneficios fiscales (art. 627).

Defraudación a los presupuestos generales de las Comunidades o a los administrados por ésta u obtención indebida de fondos de las mismas en cuantía superior a 4.000 ecus, eludiendo el pago de cantidades a ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta a aquella a que estuvieren destinados, obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que lo hubieran impedido (art. 628).

C) Faltas contra los intereses generales

Expendición (no mera tenencia) a sabiendas de su falsedad de monedas, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, recibidos de buena fe y en cantidad no superior a 50.000 pts. (art. 629).

Abandono de jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos en circunstancias peligrosas para las personas o susceptibles de contagiar enfermedades o en lugares frecuentados por menores (art. 630).

Suelta peligrosa (o en disposición de causar mal) de animales feroces o dañinos por parte de sus dueños (art. 631).

Maltrato cruel de animales domésticos o de cualesquiera otros en espec-táculos no autorizados legalmente (art. 632).

142. El nuevo Código Penal no castiga los daños por imprudencia leve, ni los daños por imprudencia grave que no superen los diez millones de pesetas (art. 267).

D) Faltas contra el orden público

Desórdenes públicos no comprendidos en el art. 558 y que supongan perturbación leve del orden en la audiencia de tribunal o juzgado, actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (art. 633).

Falta de respeto y consideración debida a las autoridades o sus agentes o desobediencia leve (esto es, casos de resistencia pasiva o de mero no acatamiento de las órdenes, sin acometimiento, empleo de fuerza ni intimidación grave, ni resistencia activa) a los mismos, en el ejercicio de sus funciones (art. 634).

Allanamiento (manteniéndose dentro contra la voluntad del titular, fuera del horario de apertura) *de domicilio de personas jurídicas o privadas, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público* (art. 635).

Realización de actividades sin el seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 636), exigible para el desarrollo de ciertas actividades: uso y circulación de vehículos de motor, caza, viajes en transportes colectivos, riesgos nucleares, producción y gestión de productos tóxicos y peligrosos, manipulación y uso de artificios pirotécnicos, hemodonación y bancos de sangre, actividades mineras, industriales, instalación de gas, calefacción, climatización y agua caliente sanitaria, extintores de incendios...

Uso público e indebido de uniformes, trajes, insignias o condecoraciones oficiales o atribución pública de la cualidad de profesional amparada por un título académico que no se posee (art. 637).

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

57 - 94

EL NUEVO CODIGO PENAL DE 1995 DESDE LA VICTIMOLOGIA*

Antonio BERISTAIN

Director del Instituto Vasco de Criminología

Resumen: Ante la tan escasa atención que en castellano se presta a la Victimología en el ámbito doctrinal, legal, judicial, jurisprudencial, penitenciario y policial, comienza el trabajo con un resumen de la actual ciencia victimológica, con especial referencia a los conceptos y las clases de las víctimas y la fuerza virtual de éstas como recreadoras de los derechos y los bienes que la infracción –el delito, cuya existencia se patentiza– ha victimizado y/o destruido. A continuación se analizan las, en cierto sentido, más significativas innovaciones –menos de las esperadas y necesarias– victimológicas en el nuevo código penal (y escasa legislación complementaria), así como las lagunas de más urgente superación. Finalmente, se comenta la percepción y valoración social de la policía en su “cercanía” a los ciudadanos y las víctimas.

Laburpena: Arlo doktrinal, legal, judicial, jurisprudenzial, penitentziario eta polizialean gazteleraz biktimologiari arreta handirik ez zaiola eskaini gogoan hartuz, lanaren hasieran laburpen bat agertzen da gaur egungo zientzia biktimologikoari buruz. Erreferentzia berezia egiten zaie bertan biktimen motei eta kontzeptuei. Baita hauek berez duten indar birtualari ere, lege-hausteak -delituak, patentizatu egiten baita berorren existentzia- biktimizatu edota deusezdu dituen eskubideen eta ondasunen errekreazio baita indar hori. Gero, nolabait, zigor kode berriko (eta osagarri den legeriko) berrikuntza biktimologikorik esan-guratsuenak aztertzen dira -espero eta beharrezkoak direnak baino gutxiago-, baita euretan ikusitako hutsu-nerik larrienak ere. Amaitzeko, polizia herritarrengandik eta biktimengandik “gertu” egotearen pertzepzioa eta balorazio soziala komentatzen dira.

Summary: Seeing the lack of attention rendered in the Spanish language to Victimology concerning doctrine, legal, judicial, jurisprudential, penitentiary and police matters, the task is addressed with a summary of current victimology science, stressing upon the reference made to concepts and types of victims and the virtual strength of the latter as recreator of rights and assets that infringement –the offense whose existence has been revealed– has either victimized and/or destroyed. The following is, in a certain sense, an analysis of the most significant victimological innovations –less than could be expected and desired– in the new Criminal Code (and the scarce complementary legislation), plus the lagoons which require the most urgent improvement. Finally, comments are made on the perception and social assessment of the police with regard to its “proximity” to both inhabitants and victims.

* Agradecemos a *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía la gentileza de permitir la publicación de este artículo (ya aparecido en sus núms. 4302 y 4303, de junio 1997, en *Eguzkilore*).

Résumé: Etant donné le peu d'intérêt manifesté en Espagnol pour la Victimologie en matière doctrinale, légale, judiciaire, de jurisprudence, pénitentiaire et policière, le travail débute par un résumé de la science victimologique actuelle. Il fait référence particulièrement aux concepts et aux genres des victimes et à la force virtuelle de ces dernières en tant qu'animatrices des droits et des biens que l'infraction –le délit, dont l'existence devient évidente– a rendu victime et/ou a détruit. Puis, ce travail présente une analyse des innovations victimologiques qui sont, dans un certain sens, les plus notoires –moins de celles qui sont attendues ou nécessaires– dans le nouveau code pénal (et législation complémentaire rare), ainsi que les lacunes en attente d'une solution plus urgente. Il s'achève finalement par un commentaire de la perception et de l'opinion sociale au sujet de la police dans son "rapprochement" vis-à-vis des citoyens et des victimes.

Auszug: Mit Rücksicht darauf daß man sich auf Spanish sehr wenig auf belehrend, gesetzlich, gerichtlich, rechtswissenschaftlich, strafrechtlich und politisch Gebiet um die geschädigten Lehre kummert, fängt die Arbeit an mit einem Auszug der heutigen Geschädigter Lehre, mit spezieller Bezug auf die Ideen und die Klassen der Schlacht-opfer und die schlummernde Kraft von diesen als Rechtsschöpfer und die Güter die strafbare Handlung –das Verbrechen dessen Existenz oft verwandschaftliche verhältnisse hat– beschädigt oder vernichtet. Danach werden die wichtigsten Neuerungen– außer die notwendigen und erwarteten –in der Geschädigter Lehre im neuen strafgesetzbuch (und sehr wenig ergänzende Gesetzgebung) analysiert und auch die Lagunen die überwunden werden müssen. Am Ende wird die Wahrnehmung und soziale Wertbestimmung über die Polizei und Ihre Nähe an die Bürger und Schlachtopfer besprochen.

DEDICATORIA:

*A José Ignacio Ullibarri,
desde su –muy suyo–
Instituto Vasco de Criminología
Kriminologiaren Euskal Institutua,
con académica y profunda gratitud.*

SUMARIO:

1. ALFA Y OMEGA DEL CODIGO PENAL EN EL TERCER MILENIO
2. NOCIONES BASICAS DE VICTIMOLOGIA
 - 2.1. Conceptos de víctimas
 - 2.2. Clases de víctimas y victimizaciones
 - 2.3. La víctima del delito en cuanto "triángulo virtual"
 - 2.4. Más allá del abolicionismo: delito
 - 2.5. Protagonismo de las víctimas
 - 2.6. La virtualidad de la victimización
3. LA VICTIMOLOGIA EN EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL
 - 3.1. Innovaciones más significativas en el libro I
 - 3.2. En los libros II y III
 - 3.3. Asistencia a víctimas en extrema necesidad (mal llamada eutanasia)
 - 3.4. Lagunas de más urgente superación
 - 3.4.1. Código penal
 - 3.4.2. Legislación y praxis penitenciaria
4. ¿EL POLICIA, SERVIDOR Y AMIGO DE VICTIMAS Y CIUDADANOS?
5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS
6. BIBLIOGRAFIA

1. ALFA Y OMEGA DEL CODIGO PENAL EN EL TERCER MILENIO

*“El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas.
Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge”.*
(Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1.1).

El 25 de mayo del año pasado 1996 entró en vigor el nuevo código penal español y era lógico y necesario que, con él, entrase en vigor su alfa y su omega, su nuevo fundamento y su nueva meta en el respeto a la ley y en la respuesta a las infracciones. Las páginas siguientes pretenden analizar hasta qué grado se ha conseguido lo que se pretende con un nuevo código penal: crear nuevas bases (hoy y aquí, alfa significa víctimas), elaborar nuevo articulado (hoy y aquí, debe incluir los paradigmas de la ciencia victimológica) y pretender nuevas metas (hoy y aquí, omega significa atención virtual recreativa de las victimizaciones).

Comenzamos con el estudio de las víctimas y su virtualidad, después analizamos el contenido de los nuevos artículos y, por fin, nos referimos a las relaciones más o menos amicales de la policía con los ciudadanos y las víctimas.

2. NOCIONES BASICAS DE VICTIMOLOGIA: VICTIMAS Y DELITOS

2.1. Conceptos de víctimas

En estas páginas prescindimos de la noción sacral de la víctima que las religiones primitivas y algunas sectas actuales ofrecen o sacrifican a los dioses en cumplimiento de una promesa o de un mito, o para evitar maleficios (L. ARROYO ZAPATERO, 1996; E. NEUMAN, 1994, p. 28). Aquí nos interesa el *nuevo* concepto básico de la víctima en relación con el Derecho penal y también, aunque secundariamente, en relación con la Criminología y las Naciones Unidas.

Podemos situar su origen en los decenios de la postguerra, es decir entre 1945 y 1973. En septiembre de este último año, se celebró, en Jerusalén, el primer Symposium internacional sobre Victimología, que marca el momento cero en la historia de la actual Victimología (M.C. BASSIOUNI, 1988; A. BERISTAIN, 1987).

A partir de 1945, el principal concepto de víctima gira alrededor de la macrovíctima, o de la víctima del abuso de poder, concretamente del nazismo, con su genocidio de seis millones de judíos. Esta macrovictimización explica, en parte, que las Naciones Unidas, en su Declaración de 1985, dediquen un apartado, el B, a las víctimas del abuso de poder, y las defina como “las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos”.

Posteriormente se extiende el estudio y el concepto acerca de las víctimas de los delitos comunes, con especial y mayor atención a la mujeres y los niños, a las personas más vulnerables.

Desde la dogmática penal se entiende por víctima, en opinión razonada de Herrera Moreno, al sujeto paciente del injusto típico, es decir, a las personas que sufren merma de sus derechos, en el más amplio sentido de la palabra, como resultado de una acción típicamente antijurídica, sin que sea necesario que el victimario haya actuado culpablemente. Las víctimas son, por lo tanto, titulares legítimas del bien jurídico vulnerado (M. HERRERA MORENO, 1996, p. 332).

Dicho con otras palabras, se consideran víctimas a las personas naturales o jurídicas que sufren daños en los bienes jurídicamente protegidos por las leyes (principalmente en el campo de la vida, la salud, la propiedad, el honor, la honestidad, etcétera). Especialmente interesan los supuestos en los que esos daños son producidos por conductas humanas tipificadas en el código penal, pero también cuando esos daños provienen de accidentes debidos a factores humanos, mecánicos o naturales, como ocurre en los accidentes laborales (E. NEUMAN, 1994, p. 29).

Las Naciones Unidas, en su Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre 1985, ofrece una breve pero acertada definición de tres clases de víctimas. Las dos primeras se refieren a las víctimas de delitos; la tercera a las víctimas del abuso de poder, de la que ya hemos hablado.

Respecto a las dos primeras, que son las que ahora más nos interesan, dice así, en su apartado A: “1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”. Y, en el número 2 añade: “En la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima en peligro o para prevenir la victimización”. (Después hablaremos de la victimización y sus clases).

Algunos teóricos que modernamente comentan e investigan los problemas y los horizontes de la Victimología continúan vinculados al esquema tradicional jurídico-penal, pues limitan el concepto de víctimas a sólo los sujetos pasivos del delito (o a los perjudicados por él), y/o limitan sus derechos a sólo una mayor o más amplia compensación o reparación o indemnización (dentro del artículo 110 de nuestro Código penal) y olvidan los derechos de las víctimas a un mayor protagonismo en lo policial, en lo procedimental, en lo penitenciario y en la ejecución de las diversas penas y medidas de seguridad. Lógicamente todo sujeto pasivo de un delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto pasivo de un delito. Se ha de superar tal identificación.

La Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (L. 35/95, de 11 diciembre, BOE Núm. 296, del día 12), en su artículo 2, reconoce, con acierto, que además de las víctimas directas (las que sufren lesiones... como consecuencia directa del delito), hay también *víctimas indirectas*. Por desgracia, limita excesivamente el número de las víctimas indirectas pues lo reduce (con algunas restricciones) al cónyuge, los hijos y los padres supervivientes a una persona fallecida a consecuencia directa del delito.

Un concepto más amplio de víctimas establece el Anteproyecto de Código Procesal Penal del Paraguay, del año 1994, en su artículo 67. Dice así: “Calidad de víctima. Este Código considerará víctima:

- 1) a la persona ofendida directamente por el delito;
- 2) en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la víctima, al cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad y al heredero testamentario;
- 3) a los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes;
- 4) a las asociaciones, en aquellos hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con esos intereses; y
- 5) a las comunidades indígenas, en los hechos punibles que impliquen discriminación o genocidio...”

En pocas palabras, víctimas son, además del sujeto pasivo de la infracción, todas las personas físicas y jurídicas que directa o indirectamente sufren un daño notable como consecuencia inmediata o mediata de la infracción, y que, en justicia, son acreedoras de importantes nuevos derechos que muchas legislaciones actuales todavía ignoran o les niegan (M. HERRERA MORENO, 1996, p. 328).

2.2. Clases de víctimas y victimizaciones

El cuadro de la página siguiente [similar al de Dünkel (1990, p. 167), al de Landrove (1990, p. 39), y al de Neuman (1984, p. 69)] sintetiza algunos tipos de víctimas con diversos grados de culpabilidad.

También se distinguen tres clases de victimización: primaria, secundaria y terciaria. Por victimización primaria entendemos la que se deriva directamente del crimen. Por victimización secundaria los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, etcétera. Y la victimización terciaria procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima; a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencia o “valor añadido” de las victimizaciones primaria y secundaria precedentes. Cuando alguien, por ejemplo, consciente de que su victimización primaria y secundaria aboca a un resultado, en cierto sentido, paradójicamente exitoso (fama en los medios de comunicación, aplauso de grupos extremistas, etcétera), deduce que le conviene aceptar esa nueva imagen de sí mismo(a), y decide, desde y a través de ese rol, vengarse de las injusticias sufridas y de sus victimarios (legales, a veces). Para vengarse, se autodefine y actúa como delincuente, como drogado, como terrorista, etcétera. Quizás tal o cual biografía de algunos mártires y santos puede ilustrar, con nuevas luces y nuevas valoraciones, la relación y el paralelismo necesitados de profunda revisión entre víctimas y héroes y canonizados. Conviene estudiar más la posible relación entre ciertos martirios y la victimización terciaria. Entre la persona heroica y canonizada y la víctima terciaria pueden darse no pocos puntos comunes. Tan difícil es salir del círculo virtuoso como del vicioso.

Grado de culpabilidad			
Víctima	Tipo	Participación	Ejemplo
Víctima completamente inculpable	Víctima "ideal"	Ninguna participación activa	- Bomba en establecimiento público -Persona privada de conocimiento que es robada en calle céntrica no peligrosa -Persona dormida en coche-cama, en tren no peligroso, que es robada
Víctima parcialmente culpable	Víctima por ignorancia o imprudencia	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que fallece al provocarse el aborto
	Víctima con escasa culpabilidad	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que entrega al falso contrayente matrimonial su libreta de ahorro
	Víctima voluntaria	Mayor o menor contribución al hecho	Causación de la muerte de/a enfermo incurable, por su propio deseo (homicidio-suicidio)
Víctima completamente culpable	Víctima provocadora	Contribución exclusiva de la víctima al hecho victimizante no punible	Agresor que muere "víctima" del agredido que se defiende legítimamente
	Víctima propiciadora del delito	Contribución predominante de la víctima al hecho punible	Estafador estafado Borracho que fanfarronea en un bar con dinero y le hurta la cartera
	Falsa víctima (delito simulado)	Denuncia falsa	Una mujer quiere vengarse de un hombre y le acusa de violación

2.3. La víctima del delito en cuanto “Triángulo virtual”

Para alcanzar las metas que desea la Victimología resulta indispensable admitir: 1º, la existencia jurídicopenal del delito, 2º, la importancia irrenunciable de las víctimas en la base de todo delito, y 3º la virtualidad de las víctimas e incluso del delito. A estos temas nos referimos a continuación.

2.4. Más allá del abolicionismo: delito

“Se trata de buscar y encontrar una estructura del delito que coincida con la estructura social, estatal, en protección de la persona humana (víctima y victimario), en libertad y dignidad”.

(A. Ibáñez, J. Sampedro, *Temas de Derecho Procesal Penal*, Univ. Javeriana, Bogotá, 1995, p. 79).

Algunos inteligentes penalistas propugnan la no existencia del delito; o, mejor dicho, su abolición; con la lógica consecuencia de abolir el Derecho penal. En grado más o menos radical, se manifiestan en este sentido Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, M. Foucault, Nils Christie, Raúl Zaffaroni, etcétera, con sus inteligentes argumentaciones y matizaciones (algunas de ellas más que matizaciones).

Ante todo conviene distinguir dos grados de abolicionismo: A) quienes niegan la noción delito por considerar que no existen conductas humanas que reúnan los requisitos que la dogmática penal exige para tal concepto (acción típicamente antijurídica, culpable, sancionada con una pena), y B) quienes rechazan todas las penas por considerarlas inhumanas, nocivas y carentes de fundamento. Estas doctrinas niegan el *ius puniendi*, el fundamento de la sanción penal. En nuestro lenguaje diríamos que consideran a la pena como pura venganza del poder, como criminógena. A este respecto se encuentran páginas acertadas y muy dignas de consideración en las obras de Raúl Zaffaroni y otros colegas.

En cuanto a quienes niegan la existencia de delitos, admitimos la solidez en algunos de sus argumentos, sobre todo cuando analizan algunas épocas históricas en las que se han considerado delitos conductas humanas carentes de los rasgos que se les atribuía. Pensamos, por ejemplo, en acciones llevadas a cabo por personas enajenadas, y/o conductas que contribuían a superar injusticias ancestrales, como huelgas para proteger a los trabajadores de los abusos inhumanos de quienes dirigían las empresas y se apropiaban de una plusvalía desproporcionada. Rememoramos también ciertas normas penales substantivas y prácticas judiciales de los tribunales inquisitoriales.

Con sólida lógica suele argumentar el inteligente colega y amigo L. Hulsman; pero no siempre. Por ejemplo, parece criticable que para probar que no hay delincuentes dialogue así con su hijo: “Père, est-ce qu’il y a des gens vraiment mauvais?”, le responde: “Je ne sais pas, Lodewyk, mais je n’en ai jamais rencontré” (L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, 1982, p. 45). (“Padre, ¿hay personas verdaderamente malas?”; “No lo sé, Luis, pero yo nunca las he encontrado”) (L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, 1984, p. 33).

Tienen sobrada razón estos y otros colegas cuando insisten que a nadie debemos denominar “delincuente”; que el Tribunal juzga sólo las acciones de las personas, pero no juzga a las personas; a nadie se le puede calificar como homicida o como violador... Aunque, en el lenguaje coloquial –que generalmente empleamos– cuando se dice de alguien que es delincuente se quiere afirmar sólo que ha cometido algún delito, no que sea delincuente en el sentido de mala persona.

Frente a estas opiniones de estimados colegas, nosotros afirmamos la existencia de conductas humanas que deben denominarse delitos. En este campo nos referimos ahora brevemente al cuadro siguiente que muestra las diversas clases de acciones humanas y sociales que perturban, más o menos, *vellis nollis*, quieras o no quieras, la convivencia social.

	I	II	III	IV	V
A Acción problemática	Infracción/ delito culpable	Deuda	Conflicto	Ignorancia/ incompetencia	Carencia/ necesidad/ enfermedad
B Procedimiento/ control social	Derecho penal/ sistema de Justicia	Indemnizatorio/ reparatorio/ compensatorio (civil o penal)	Conciliatorio (civil, penal o social)	Pedagógico (asistencial)	Tratamiento médico (asistencial)
C Comienzo de la reacción	R. de Comunidad (policía)	R. de Comunidad	R. de grupo	R. de Comunid.	R. de Comunid.
Intervención de	Víctima	Víctima	Disputantes/ discrepantes (contendientes)	Discente (alumno)	Sujeto desviado
D Iden. del sujeto/ probl. “indiv.”	Delincuente/ peligroso/ infractor/ desviado/	Deudor	Disputante/ discrepante (marginado)	Per. ineducada/ ignorante o incompetente	Paciente/ cliente
E Prototipo <i>Modelo</i> Pauta. Regla	Prohibición/ tipificación	Obligación/ deber	Armonía	“Formado”/ educado	Normalidad
F Reacción/ solución/ finalidad	Sanción/ castigo (creación)	Pago/ compensación (en efectivo/ en especie)	Solución del conflicto	Cert. de norma./ reconocimiento de competencia	Asistencia/ tratamiento

Ciertamente algunos comportamientos que más de un Código penal tipifica como delito no merecen tal calificación. Más bien deben ubicarse en la casilla de deuda, o de conflicto, o de ignorancia, o de carencia (enfermedad). Sin embargo, otras acciones únicamente encuentran su lugar adecuado en la casilla I, de delito culpable (con culpabilidad, distinta de la culpabilidad ética y personal); por ejemplo las conductas genocidas y/o terroristas.

Estas conductas y otras similares, por ejemplo, la llamada criminalidad organizada, exigen actualizar radicalmente la noción de delito. En nuestra opinión, la convivencia social, la justicia y el derecho exigen inexorablemente que admitamos la existencia de comportamientos tan victimizantes que deben denominarse delito en el marco de la dogmática penal, debidamente modernizada.

Para lograrlo parece oportuno criticar el concepto tradicional de delito como binomio entre el delincuente y la autoridad estatal, y confrontarlo con una nueva noción de delito en cuanto triángulo virtual que integran la víctima con el delincuente y la autoridad social o comunitaria.

Con otras palabras, a la luz de las modernas ciencias criminológicas y victimológicas, opinamos que debe corregirse desde la raíz el concepto de delito que mantienen (o subyace en) muchos códigos penales y mucha jurisprudencia con sus correspondientes abundantes comentarios.

Actualmente la mayoría de los códigos penales consideran el delito como una relación dual. Lo mismo debe decirse de las leyes procedimentales. Todas estas normas legales ignoran prácticamente a las víctimas, o sólo las tienen en cuenta muy marginalmente. Por eso la Exposición de motivos de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre comienza con estas palabras: “La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuaníme y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal”.

En este tema puede ser de interés recordar cómo evolucionó, en Sevilla, el día 20 de septiembre de 1996, la reunión de una veintena de criminólogos de todos los Institutos de Criminología de España. Al final de la jornada, cuando se daban por completamente redactadas las conclusiones, se indicó que faltaba nuestra referencia fundamental e indispensable a las víctimas. Afortunadamente, después de un diálogo sobre el problema, se explicitó la importancia de “la asistencia a la víctima” y se reiteró en la conclusión final.

Algo similar sucedió en el Consejo de Europa el último de los cuatro días (19-22 de noviembre 1996) dedicados a estudiar “La Política criminal y el Derecho penal en una Europa en transformación”. El borrador de las conclusiones, que nos fue presentado en la sesión final, no hacía las debidas referencias a las víctimas de la criminalidad. Un breve debate sobre la cuestión subsanó la laguna.

2.5. Protagonismo de las víctimas

Este olvido de las víctimas se viene patentizando y criticando muy especialmente desde el año 1973. Y más aún desde 1979, año en que se fundó la Sociedad

Mundial de Victimología, en Münster de Westafilia, durante el tercer Symposium Internacional de Victimología.

Esta Sociedad Mundial está aportando un avance digno de atención pues está recuperando lo más importante en el campo del Derecho penal, la víctima, que durante muchos siglos (aunque no en los tiempos “primeros”) ha permanecido marginada e ignorada.

De esta recuperación se derivan multitud de conclusiones transcendentales, por ejemplo, la imposibilidad de hablar de delitos sin víctima, “victimless crimes”, y la necesidad de que tanto el delincuente como la autoridad estatal siempre han de referirse inicial y finalmente, como alfa y omega, a la víctima. Tanto las normas sustantivas como las procesales, tanto los policías como los funcionarios de instituciones penitenciarias, han de girar alrededor de un centro: las víctimas.

Por desgracia, los textos legales definitorios del delito y la falta no hacen la debida referencia a las víctimas. Ni la Constitución en sus artículos 25.1, 1.1, y 81.1; ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 15; ni la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 11.2; ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 en su artículo 7; ni la Ley Orgánica General Penitenciaria en su artículo 2; ni el Código Civil en su artículo 4.2; ni el Código penal militar en sus artículos 1, 2 y 20; ni el nuevo Código penal en su artículo diez y en todo el Título Preliminar. Generalmente las ediciones manuales del Código penal español (no las ediciones manuales del Código penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, de México, ni los Códigos de Procedimientos penales para el D.F., que edita la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal) en las páginas últimas, brindan un amplio y detallado índice analítico, pero en él no suele encontrarse la palabra “víctima”, o si aparece sólo se refiere a los sujetos pasivos del delito de los artículos 195.3 (de la omisión del deber de socorro), 235.4 (los grados de pena correspondientes a los hurtos), 242.2 (los grados de pena correspondientes a los robos) y 250.1.6^o (las diversas sanciones de las estafas). Estos artículos consideran víctima, como hemos indicado, únicamente al sujeto pasivo del delito en sentido tradicional, pero no desde la perspectiva victimológica; así patentizan desconocer el concepto de víctima mediata, del que ya habla con detalle la Declaración de las Naciones Unidas de 1985, y las otras dimensiones procesales, policiales y penitenciarias de las víctimas.

Como indica G. Kaiser (1991, p. 4; 1996, pp. 311 s.), “The crime committed, no longer appears to be an unilateral act controlled by the offender, but rather as a dynamic process of reciprocity between offender and victim. In addition, this new way of thinking promises the opening up of new offender-orientated perspectives”. Consideremos, pues, al delito no como un binomio estático y esencialista, sino como un triángulo virtual y existencialista. En su base, debe colocarse, como elemento clave, la víctima con toda su virtualidad.

2.6. La virtualidad de la victimización

“Estaba en Legazpia, sentado en un rincón de una nave inmensa, meditando mientras fumaba mi pipa, y unos obreros enganchaban con cables una gran máquina, para levantarla. Sentía que el espacio estaba aplastando cuanto había en la nave. Cuando los cables izaron la máquina, vi que el espacio se metía debajo de ella y ayudaba a levantarla”.
(Eduardo Chillida)

Ante el nuevo concepto de delito como “triángulo virtual” merece comentarse el adjetivo virtual, que se refiere muy especialmente a las víctimas, en cuanto éstas deben considerarse sobre todo con fuerza dinámica capaz de una regeneración o recreación que supera a la mera restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales (cfr. artículo 110 del nuevo Código penal español).

Por virtual se entiende aquí y ahora lo que tiene virtud-fuerza para crear algo, pero todavía no presente. Supone la existencia de algo aparente y no real. Lo virtual es una previsión de futuro. Estamos ante algo inexistente, pero más que mero futurible, en terminología escolástica. Rebosa eficiencia y eficacia para producir algo nuevo. Rebosa expectativas de dinamización prometeica.

Aunque resulte quizás extraño, conviene insistir en la fuerza creadora y/o recreadora de las víctimas de todos los delitos, sin excepción alguna.

Alguien puede pensar lo contrario y afirmar que, con frecuencia, las víctimas carecen de fuerza alguna y de virtualidad eficiente, o que en algunos delitos no hay víctimas, o éstas han fallecido cuando el victimario desea reconciliarse con ellas. Así, en casos de homicidios o asesinatos, si la persona muerta no tenía familiares o éstos mueren algún tiempo después. En estos supuestos –dicen– no existen víctimas que puedan contribuir a la repersonalización del delincuente.

Sin embargo, incluso en estos casos extremos, siempre puede haber unas víctimas simbólicas o sustitutorias que cumplan su misión repersonalizadora. Recuerdo un ejemplo de esta víctima sustitutoria: Ralf Sonntag, en Alemania, mató a una maestra; le condenaron a cadena perpetua. A los pocos años de estar en la cárcel quiso conocer a los familiares de la maestra, pero no lo logró; quizás habían muerto todos sus familiares y sus amigos. Sin embargo, el día 5 de julio de 1989 se celebró en la Universidad de Münster un Seminario al cual tuve la posibilidad de asistir junto a varios Profesores y universitarios alumnos de Criminología. En ese Seminario Ralf Sonntag dialogó muy positivamente con la señora Gabriele Kleb-Braun, hija de otra maestra asesinada. Ralf Sonntag, antes de esta entrevista personal, ya se carteaba con la señora Gabriele Kleb-Braun, hija de una maestra como la que él mató.

Estas dos personas mantienen relación epistolar desde hace algún tiempo. Parte de sus cartas han aparecido en la revista periódica *Kuckucksei*, que editan los presos de la cárcel de Schwerte (Alemania), donde cumple condena Ralf Sonntag. La lectura de estas cartas evidencia la oportunidad de establecer puentes entre la víctima y el autor del delito. Cito algunos párrafos. El día 4 de julio de 1988 él le escribe desde Münster: “Según mi opinión el autor del delito y la víctima del mismo están vinculados entre sí quiéranlo o no lo quieran, pues el hecho delictivo cambia la vida ...”.

“Un sistema de control social que separe a ambos o incluso los aboque a nueva enemistad no puede facilitar una reconciliación”.

Ralf Sonntag le contesta, el 21 del mismo mes, una larga carta de la que transcribo sólo unas líneas: “Yo reconozco mi culpabilidad.

No, yo observo que tengo miedo de victimización, miedo de quien hace daño y miedo de quien padece el daño. A pesar de la distancia, tenemos Vd. y yo algo común: dolor por el mismo motivo... El diálogo con Vd. tiene para mí importancia y transcendencia”... (A. BERISTAIN, 1990). (La contradicción con que empieza este párrafo recuerda el diálogo de Raskólnikov con Sonia, en *Crimen y castigo*).

Con posterioridad a la celebración de este Seminario, Ralf Sonntag sigue dialogando, por correspondencia epistolar, con la señora Kleb-Braun.

Desde otro punto de vista, en este tema conviene recordar lo que escribió José Ignacio Ullibarri en su artículo “Aportaciones para una Deontología profesional del Criminólogo”, al hablar de la primera regla de conducta dice: “La primera ha de ser una perspectiva antropológica, que entienda la naturaleza del hombre como ser inconcluso, evolucionado y socializado en entornos y culturas cambiantes. Si despreciáramos la riqueza humana que nos aporta esta comprensión relativista y evolutiva, estaríamos dando la espalda a la comprensión de la auténtica esencia de lo humano... Es lo que solemos denominar con el término más preciso, aunque parezca rebuscado, de ‘repersonalización’ ” (J.I. ULLIBARRI, 1994, pp. 161 y 163).

Atinadamente, Hartmut Schellhoss, en su comentario a las “Funciones de la criminalidad” (1993), comenta algunos paradójicos aspectos positivos de la criminalidad. Todos admitimos y lamentamos, como desde el comienzo Schellhoss, las consecuencias disfuncionales de la delincuencia; pero, sin embargo, ésta esconde también algunos aspectos positivos, virtuales. Conviene evitar la utopía de una sociedad sin criminalidad. La victimización produce efectos muy negativos, pero también –según recuerda Karl Marx– produce la ciencia jurídicopenal, los profesores, la universidad, etcétera. Además, genera aportaciones económicas, transformaciones sociales y culturales, también –como reacción– solidaridad para atender a las víctimas. A la luz de las modernas investigaciones estadísticas cuantitativas y cualitativas se discute si el número de los ciudadanos que no cometen delitos llega a la mayoría o anda rondando el cincuenta por ciento; nadie concluye que lo óptimo sea evitar toda infracción. Tampoco conviene aplicar el Derecho penal tradicional retributivo; necesitamos un Derecho penal nuevo, distinto, recreativo.

No parece exagerado afirmar que el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos pide la reconciliación (volver a la amistad personas enemistadas) cuando proclama que “todos los seres humanos deben... comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En cierto sentido, también pide la reconciliación la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, cuando proclama: “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Y que debe “ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”. Es decir,

ambos textos suponen que la convivencia (que el Derecho y la Justicia han de asegurar y/o recuperar) debe desarrollarse en un clima de fraternidad, de amor; no sólo de mera coexistencia, de fría técnica).

Como comenté en el XI Congreso Internacional de Criminología celebrado en Budapest el año 1993 (del 22 al 27 de agosto), los rasgos fundamentales del Derecho penal tradicional fomentan la sanción vindicativa y el continuo enfrentamiento de la autoridad contra el delincuente. Urge superar ese paradigma e innovar otro, recreativo e integrador, que fomente el diálogo, la conciliación e incluso la reconciliación.

Los dos paradigmas –el vindicativo (V) y el recreativo (R)– pueden resumirse en el esquema siguiente:

PARADIGMA VINDICATIVO		PARADIGMA RECREATIVO
El delito es la infracción de la norma penal del Estado.	1	El delito es el comportamiento (del delincuente y también de sus circunstancias) que causa daño a personas concretas y/o a la sociedad.
La justicia vindicativa se centra en el reproche, la culpabilidad, mirando al pasado, a lo que el delincuente hizo.	2	La justicia recreativa se centra, más que en la reacción de la pena (<i>malum passionis propter malum actionis</i>), en la comprensión (comprender todo es perdonar todo) y en la creación de un nuevo orden, de una nueva relación entre el(los) victimario(s) y las víctimas.
Se reconoce una relación de contrarios, de adversarios, que vencen y someten al enemigo, en un proceso normativo, legal.	3	Se otorga a las víctimas el protagonismo en el <i>iter</i> procesal del encuentro dialogal para planificar, proyectar (determinación de la sanción, <i>sentencing</i>) una reconstrucción (recreación) social de la realidad perturbada por el delito.
El castigo es la consecuencia (natural) dolorosa que también conlleva (<i>castigando se defendere</i>) o pretende la prevención general y la especial.	4	La sanción no es una consecuencia ontológica natural. Es una construcción social, una creación no de la nada sino desde la “cosa dañada”, desde la herida se crea una cicatriz de valor positivo, mirando al futuro.
La Administración de justicia se define como un proceso “debido”, según las normas legales.	5	La Administración de justicia brota –se crea– como resultado de los deberes cumplidos.
El delito se percibe como un conflicto (ataque) del individuo contra el Estado. Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva.	6	El delito es la cabeza del iceberg de una situación injusta, a la que el delincuente añade el último tramo (paso al acto, de los especialistas franceses), por su acto “libre”.

PARADIGMA VINDICATIVO		PARADIGMA RECREATIVO
El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa con (reclama) otro daño al delincuente.	7	Se considera como tema principal la creación, la recreación del orden social futuro, desde el daño pretérito (no desde la nada; no “contra” el delincuente).
Se margina a la comunidad (y a las víctimas) y se la ubica abstractamente en el Estado.	8	La comunidad (que incluye también al delincuente) como catalizador de un proceso recreativo desde (motivado e incluso favorecido por) el delito pretérito.
Se promueve, se fomenta, el talante competitivo, los valores individuales.	9	Se mira al delincuente, al “adversario”, como el complementario.
La sanción es la reacción del Estado contra el delincuente. Se ignora a la víctima, y el delincuente permanece pasivo.	10	Se reconocen las necesidades y los derechos de la víctima, pero también sus deberes, y sus posibles responsabilidades e incluso sus posibles coculpabilidades. Se procura que el delincuente se haga cargo de sus responsabilidades, pero también se reconocen sus derechos, algunos quizás <i>versus</i> , mejor dicho en relación con, la víctima.
El deber del delincuente es cumplir (sufrir) la pena.	11	El deber del delincuente, pero también de la víctima y de la sociedad es reconocer el daño causado por su acción (de todos y de cada uno) y comprometerse a recrear la convivencia futura, entre los tres coautores (unos más que otros, pero todos coautores y correcreadores).
El delincuente no tiene responsabilidad (ni arte ni parte) en la solución del problema (del delito).	12	El delincuente tiene responsabilidad en la solución, pero también la víctima y la sociedad. Más que de solucionar un problema (delito) pasado, se trata de crear o recrear una convivencia futura.
Se denuncia al delincuente.	13	Se observa, se constata el acto (no se juzga nada) sus consecuencias y el autor (triple: delincuente, víctima y sociedad). Como no se juzga, tampoco se denuncia, pues esta palabra conlleva un prejuicio peyorativo.
El delito se define a tenor de la formulación legal, sin tomar en consideración las dimensiones morales, sociales, económicas y políticas.	14	El delito se explica y comprende (comprensión a la luz de las modernas ciencias del conocimiento) integrado en el ritmo del crecimiento, de la historia recreadora, que implica superar (¿y romper?) el sistema moral, social, económico y político anterior.

PARADIGMA VINDICATIVO		PARADIGMA RECREATIVO
El delincuente tiene una deuda con el Estado y la sociedad en abstracto.	15	Todos los hombres y todas las mujeres somos corresponsables (más o menos) de cada delito; y también somos, por y en eso mismo, cocreadores del futuro.
El castigo considera la acción pretérita del delincuente.	16	La respuesta mira, busca (desde el delito y sus circunstancias situacionales) recrear la convivencia futura desde esa situación.
El estigma del delito es imborrable.	17	El estigma del delito es temporal, como todo lo humano. Desaparece con el tiempo. La recreación futura, positiva, ocupa su hueco, su lugar.
No se fomenta el arrepentimiento y el perdón.	18	Se procura, antes y más que la sanción, el arrepentimiento y el perdón, e incluso la reconciliación que supera los límites de lo jurídico.
La justicia penal está exclusivamente en manos de profesionales gubernamentales.	19	La justicia (incluso la penal) emana del pueblo. Ella necesita la colaboración también de especialistas en Criminología y en las ciencias inter y pluridisciplinares.

Dicho brevemente, este innovador sistema recreativo proclama que dentro de la dogmática penal se debe a las víctimas –por estricta justicia, y no sólo por caridad– una completa atención recreadora, una reconciliación entre la víctima y el victimario. Sobre este “deber en estricta justicia” conversé, en amigable sobremesa, en Munich hace un par de años, con tres eminentes penalistas-criminólogos, de quienes tanto he aprendido y seguiré aprendiendo: Esther Giménez-Salinas, Claus Roxin y Horst Schüler-Springorum. Rechazaban (principalmente los alemanes) mi opinión de que el Derecho penal debe pretender no sólo la reparación completa de los daños y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, sino también (aunque sea difícil y, a veces, imposible) la conciliación y la reconciliación de las víctimas con los delincuentes. Según mis “adversarios”, el Derecho penal debe huir de toda sacralización, debe mantenerse fuera del campo de lo religioso; dicho en terminología alemana, debe limitarse a conseguir la “Ausgleich” (la compensación o reparación) pero sin entrar en la “Versöhnung” o en su sinónima “Ausschönung” (la reconciliación), pues su contenido pertenece al campo religioso, por eso esta palabra se encuentra con frecuencia en los rituales eclesiásticos, pero no en los códigos jurídicos. Hace poco tiempo G. Kaiser me ha obsequiado la nueva 9ª edición de su *Kriminologie*. Con grata sorpresa he leído que, como respuesta al delito, en algunos supuestos, espera y pide la reconciliación, la *Versöhnung* (página 638); de modo semejante, habla de reconciliación, *Ausschönung*, en la tercera edición (1996, pág. 1038) de su *Lehrbuch*. Quizás por casualidad, esa misma semana en la que recibí el libro del catedrático friburgués, C. Roxin tiene la amabilidad de regalarme la 21 edición de su *Strafverfahrensrecht*, en cuyo capítulo trece, página 395, aparece la reconciliación, “*Versöhnung*”, como una de las metas del proceso penal.

3. LA VICTIMOLOGIA EN EL NUEVO CODIGO PENAL ESPAÑOL

“El desplazamiento del deber de salvaguardar los bienes jurídicos al ámbito de cada individuo atacaría frontalmente el principio constitucional de libertad. El Estado solidario no impide que el individuo se defienda, pero sólo en ausencia de la defensa institucional de los bienes jurídicos o cuando ésta ha fracasado”.

(A. Giménez Pericás, *La Victimodogmática, La Victimología*, C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 395.)

El nuevo Código penal español, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 8 de noviembre de 1995, cuyo texto apareció en el Boletín Oficial del Estado del 24 del mismo mes, como Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y que entró en vigor el 25 de mayo de 1996, tiene en cuenta, como es lógico, algunas de las innovaciones que la ciencia victimológica viene proclamando, con cada día mayor aprobación (no exenta de limitaciones y críticas), desde hace más de veinte años. Pero, por desgracia, el volumen de estas innovaciones es mucho menor en cantidad y en calidad del que se esperaba en algunos ámbitos científicos.

En otros se mantiene la postura tradicional e incluso se rechazan expresamente las tendencias innovadoras victimológicas. Así, Winfried Hassemer, en su libro *Fundamentos del Derecho penal* (pp. 91-97), aunque constata serias razones en favor de las víctimas, pues reconoce que el penalista ha de abordar las siguientes cuestiones (aptitud y propensión de los sujetos para convertirse en víctimas del delito, relaciones entre el delincuente y su víctima, daños y su reparación, profilaxis criminal por parte de la víctima, influencias sociales en el proceso de victimización y supuestos específicos de víctimas: abusos sobre menores, violación, robo, delitos violentos motivados políticamente, genocidio, etcétera), sin embargo, manifiesta que a la víctima en el Derecho penal actual le corresponde un papel muy secundario por varias razones. Sobre todo porque el Derecho penal moderno ha dado un paso fundamental desde su configuración de un Derecho penal retributivo hacia un Derecho penal preventivo.

Para Hassemer, el Derecho penal basado en la retribución del mal cometido mira a la víctima sólo porque en ella se ha realizado el hecho injusto que es necesario retribuir. Por eso sus coordenadas fundamentales miran al pasado, a la cuantía del daño, la intensidad del dolor y el perjuicio causado. Por eso “se propone compensar el mal del delito con el mal de la pena”. En cambio, el Derecho penal moderno que se orienta a la prevención “tiene por fuerza que dejar de lado a la víctima”. Lógicamente, Hassemer concluye que la posición de la víctima que nosotros propugnamos “está llamada a una definitiva desaparición en el Derecho penal moderno” y la política criminal contemporánea “disuelve tendencialmente la vinculación del delincuente con su víctima” (W. HASSEMER, 1984, pp. 96 s.).

Discrepo de las opiniones, en este tema, del eminente penalista de Frankfurt, aunque admiro y procuro leer todas sus magistrales publicaciones. Considero que ya hace muchos decenios, quizás siglos, se ha superado la concepción de la pena como compensación del mal del delito con el mal de la sanción. Considero, también, que la actual doctrina retributiva del Derecho penal pretende devolver a las víctimas sus derechos, pero ello no implica retorno alguno a la venganza y la caída de la his-

toria del Derecho, ni que la víctima se convierta en delincuente, “respondiendo a la violencia con violencia, al delito con el delito” (Hassmer, p. 94), ni con penas excesivas, ni tan siquiera con penas. Muchas víctimas sólo piden que se les devuelva lo que se les ha arrebatado violentamente, o meras sanciones simbólicas. No faltan víctimas que facilitan la reconciliación y la verdadera prevención. En el País Vasco tenemos verdaderos ejemplos públicos y privados de estas víctimas recreadoras de paz.

En opinión, sólidamente fundada, de muchos especialistas, la dogmática y la legislación penal de los últimos siglos han robado a la víctima una realidad social que le “pertenece” –su delito– y una persona que, en algún sentido, también le “pertenece”: su delincuente. Con valentía pionera lo desvelaron desde mediados de nuestro siglo XX algunos eminentes penalistas, y desde 1973 se va haciendo *vox populi*. Nils Christie lo denunció con lenguaje tan popular como científico.

Avanzando en esa línea, indica Pierre-Henri Bolle (1989) que el moderno estado social presta atenciones importantes a casi todas las víctimas, pero se olvida de las más graves. Presta atención a las:

- víctimas en el trabajo, y/o del paro, mediante la seguridad laboral,
- víctimas de catástrofes naturales, por las normas específicas para los supuestos de esas desgracias comunitarias,
- víctimas de los conflictos bélicos, por las leyes que protegen a los inválidos, a los refugiados,
- víctimas en su integridad corporal, mediante la seguridad social, especialmente en supuestos de enfermedad y de vejez,
- víctimas de la miseria, mediante los centros de asistencia social estatal o autonómica o local,
- víctimas de ellos mismos, es decir los delincuentes, a quienes la legislación penitenciaria, en todos los países, les protege más o menos, como en España, a tenor de los artículos 36 y ss., 49.4^a, 73 y ss. de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

En pocas palabras, ni la teoría, ni la legislación, ni la jurisprudencia se ocupan y preocupan todo lo necesario por atender, entender y tener atenciones (debidas en la más elemental justicia) a las víctimas de los delitos.

Quizás tampoco el Defensor del Pueblo ha patentizado suficientemente su preocupación en este campo. Así, en su último *Informe anual de 1995*, presentado ante las Cortes en junio de 1996, dedica sólo dos medias páginas a las víctimas de delitos violentos y de terrorismo (pp. 160, 304); y, lo que a muchos extrañará, considera que el Gobierno “ha dado básicamente cumplimiento a la repetida recomendación”.

Tampoco en el campo de las ciencias de las religiones, y en concreto de la religión católica, cuando se comentan los temas fundamentales del Derecho penal, se dedica el mínimo espacio a esas víctimas. Por ejemplo, el eminente teólogo y especialista en temas jurídico-sociales, Johannes Gründel, en su monografía sobre “Castigo y perdón”, en la Enciclopedia “Fe cristiana y Sociedad Moderna”, Tomo

XIII, no dice una sola palabra acerca de las víctimas de la criminalidad. Esta monografía apareció en Alemania el año 1981, cuando ya se habían celebrado tres Symposios Internacionales de Victimología, en Jerusalén (1973), en Boston (1976) y en Münster (1979), y habían visto la luz cientos de publicaciones sobre los derechos de las víctimas para que se les restituya su delito y su delincuente.

El estudio más amplio de los hasta ahora publicados en España, acerca de la incidencia victimológica en el nuevo código penal, es de Myriam Herrera Moreno, en el décimo y último capítulo de su libro *La hora de la víctima. Compendio de Victimología* (pp. 325-408), que trata de “la víctima en el código penal de 1995”. En cuanto al tema en el código penal anterior merecen especial consideración los dos trabajos de Francisco Bueno Arús que se citan en la bibliografía.

Teniendo en cuenta la finalidad de estas páginas, a continuación indicaremos:

- 3.1. las innovaciones más significativas en el Libro I y en los Libros II y III del nuevo código penal. (La mayoría de sus comentaristas se limitan a estudiar algunos aspectos victimológicos en el Libro II, sin referencia alguna al Título preliminar y al Libro I).
- 3.2. las lagunas que conviene corregir con especial urgencia.
- 3.3. la asistencia a víctimas en extrema necesidad (mal llamada eutanasia).

3.1. Innovaciones más significativas en el Libro I

“En España, el trabajo con la víctima es una asignatura pendiente que difícilmente deja progresar una justicia que sin ella no tiene razón de ser”.

(J. Urra, Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992, p. 214).

De especial interés son las innovaciones introducidas en el Libro I, en las “Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”. Salvo algunas excepciones, los comentarios doctrinales teóricos y jurisprudenciales a este Libro I, es decir, los tratados y libros de Derecho penal, parte general, brindan escasas reflexiones victimológicas. Fuera de España han tenido más acogida las perspectivas victimológicas en los libros universitarios. El año 1996, el *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, de Jescheck y Weigend, 5ª edición, hace referencias detenidas en numerosas páginas; por ejemplo, 16 ss., 99, 748 ss., 759 ss., 769 ss., 788 ss., 864 ss., 887 ss., 907 ss.

Ahora comentaremos brevemente: (A) dos innovaciones del nuevo código respecto a la incapacidad particular (o de responsabilidad penal) y a la general (o de actos humanos); (B) tres supuestos de atenuación y agravación; y (C) la nueva condición para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Por fin, (D) aludimos a dos normas acerca de las víctimas precipitadoras.

A. Según el nuevo artículo 19, “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. Podrán ser responsables

con arreglo a lo que disponga una futura ley, que deberá aprobar el Gobierno y de la cual hablaremos después.

Este nuevo límite de la edad (que la legislación anterior fijaba en los dieciséis años) para que se aplique el Código penal se apoya en múltiples y sólidos motivos. Uno de los cuales pertenece a la doctrina victimológica que aprecia en los infractores que todavía no han cumplido dieciocho años una inmadurez y un insuficiente desarrollo personal que impide incluirlos dentro del campo de la responsabilidad propia del Código penal. No han alcanzado todavía la "altura" cuantitativa y cualitativa para entrar en lo retributivo-punitivo. Aplicarles las penas propias de los adultos sería aplicarles unas sanciones excesivamente severas. Sería olvidar su "debilidad" o "incapacidad" para resistir a los factores criminógenos. Desde el polo opuesto, sería olvidar su capacidad de resocializarse mucho mayor que la de los adultos. En resumen, sería victimizarlos por activa y por pasiva.

Una "incapacidad" distinta, más amplia y general, se establece en el nuevo e importante artículo 25. Según este artículo: "A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma". Al no ser necesaria la declaración previa, esta incapacidad cobra autonomía en el campo penal, distinta de la incapacidad civil del Código civil, en sus artículos 199 y siguientes, que exigen haya sido declarada por sentencia judicial.

El código penal anterior hablaba de las personas incapaces en algunos artículos del Libro II, pero no en el Libro III, ni formulaba su concepto en el Libro I. Que lo haga el nuevo código es un progreso para la ciencia victimológica. Así se evitan de raíz muchas victimizaciones, pues ahora el juez no puede sancionar penalmente a quien ha infringido la ley no libremente sino víctima de su incapacidad, de su enfermedad continua que le imposibilita controlar y embridar sus actos. Estos son actos del hombre, pero no actos humanos, a tenor de la sabia terminología clásica.

Esta incapacidad tiene amplia aplicación concreta en repetidos artículos del Libro II y del III. De ellos hablaremos al tratar de los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. También ha de tenerse en cuenta en las faltas (artículos 618, 619 y 639) y en las disposiciones adicionales primera y segunda.

B. Respecto a las atenuantes del artículo 21, la nueva redacción de la circunstancia 5ª ("La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral") merece alabarse, si se compara con la (en el Código anterior) correspondiente circunstancia atenuante (novena, del artículo nueve), que se centraba en el arrepentimiento espontáneo. La actual se centra en la reparación a la víctima. Desde nuestra perspectiva, mejora bastante el contenido dogmático, además de introducir la palabra "víctima" y omitir la de "ofendido".

En sentido opuesto, no para eximir ni para atenuar la responsabilidad penal sino para aumentarla, se introducen dos nuevas circunstancias agravantes, la 2ª y la 4ª del artículo 22. La nueva redacción, en el artículo 22, de la 2ª circunstancia agravante ("Ejecutar el hecho... aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxi-

lio de personas que debiliten la defensa del ofendido...”) amplía algo la protección de la víctima pues en el Código anterior, en el artículo correspondiente, el diez, la circunstancia 8ª decía únicamente “...emplear medio que debilite la defensa”.

Según la circunstancia 4ª de dicho artículo 22, se considera agravante “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia o nación a la que pertenece, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

Parece acertado que se haya recogido ya en el Libro I del Código, es decir, en la parte general de la doctrina penal, como circunstancia agravante aplicable a todos los delitos y faltas de los Libros II y III, las diversas peculiaridades de la víctima que se enumeran, de tipo racista, religioso, sexual, patológico o de discapacidad. Puede llamar la atención la referencia explícita a la motivación antisemita, pero no carece de fundamento si se tiene en cuenta la historia antigua y moderna de Europa y de España y, en cierto sentido, de la liturgia católica que hasta el Concilio Vaticano II (1962-1965) ha estigmatizado al pueblo judío como “pérfido” (A. EKSTERMAN, 1993).

A la luz de los documentos de las Naciones Unidas hemos de proclamar que esta circunstancia agravante debía haber encontrado acogida en el código hace muchos años. Ya en 1963, las Naciones Unidas proclaman la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, el 20 de noviembre; dos años después, el 21 de diciembre, la Asamblea General adopta y abre a la firma y ratificación la correspondiente Convención; el 7 de noviembre de 1967 se proclama la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, y el 18 de diciembre de 1979 se adopta y abre a la firma y ratificación o adhesión la Convención; el 25 de diciembre de 1985 aparece la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones; el 17 de diciembre de 1991 se proclaman los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental; y el 18 de diciembre de 1992 se aprueba la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

C. De notable calado se deben considerar los artículos introducidos para regular las nuevas formas de la ejecución de las penas privativas de libertad y, en concreto, la suspensión de la ejecución de esas penas. Particularmente interesa la condición tercera del artículo 81, según la cual para dejar en suspenso la ejecución de la pena es necesario “Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas”.

Prescindo ahora de comentar la excesiva facilidad con que los Tribunales declaran la imposibilidad total de que el condenado haga frente a sus responsabilidades civiles. Opino, como lo he indicado en otras ocasiones, que el condenado siempre puede hacer algo (aunque sólo sea simbólicamente, que no es poco) en favor de las víctimas. Me limito, pues, a criticar la vaguedad de la expresión “oír a los interesados”. Desde la Victimología, los primeros interesados son las víctimas, pero el

texto no lo dice, y debía decirlo, para evitar que algunos Tribunales entiendan por “interesados” sólo a los condenados, pero no a las víctimas.

D. Importante aportación victimológica se encuentra en el nuevo artículo 114 (“Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”). Este artículo puede comentarse en relación con el artículo 1.103 de nuestro Código civil, según el cual “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”; y también en relación con el artículo 3 de la Ley de 11 de diciembre de 1995. A tenor de este artículo, “Se podrá denegar la ayuda pública o reducir su importe cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público”. Estas dos circunstancias, que han de ser declaradas por sentencia, son: que el beneficiario haya contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito o al agravamiento de sus perjuicios, y/o que el beneficiario pertenezca a una organización dedicada a acciones delictivas violentas. También se han de tener en cuenta las relaciones del beneficiario con el autor del delito.

Es lógico que si la víctima “precipitadora” contribuye con su conducta a la producción del daño o perjuicio, el Juez o los Tribunales puedan moderar el importe de su reparación o indemnización. Pero, la fórmula legal debía matizar y decir algo más pues parece presuponer que la reparación o indemnización siempre son de naturaleza económica y sólo económica. Y debía concretar más, en la línea marcada por Karl Engisch, en su *Einführung in das juristische Denken* (cuya 8ª edición se publicó en 1983), algo así como se observa en las tradicionales fórmulas de la legítima defensa o del estado de necesidad, en el artículo 20 del Código penal.

También considero deseable mayor certeza y concreción legal en el citado artículo 3. a, de la “Ley de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual”, cuando habla de “contribución directa o indirecta”.

Ante la tan escasa atención que nuestros legisladores, nuestros jueces e incluso nuestros teóricos del derecho penal y de la criminología conceden a las víctimas, parece criticable que el nuevo artículo 114 del código penal y el 3 de la citada Ley de ayudas y asistencia, de 1995, dejen tan abierta la puerta a los Tribunales para disminuir el importe de la reparación o indemnización. En caso de duda, se ha de conceder la ventaja a las víctimas más que al delincuente o al Estado.

A la luz de importantes normas del derecho comparado, sería deseable que también en España se conceda a las víctimas la posibilidad de recurrir incluso ante el Tribunal Supremo cuando estimen que su indemnización y/o reparación debía ser mayor en cantidad o en calidad.

En pocas palabras, el Libro I del nuevo código penal ha dado entrada a la doctrina victimológica en importantes artículos, pero no en tantos como era conveniente. Esperamos que pronto surjan más y mejores investigaciones en las Universidades, en las diversas Facultades y en los Institutos de Criminología y de Victimología que obliguen al legislador a poner nuestro código más al día en temas tan trascendentales para un estado que se autoproclama, en su Constitución, social de derecho.

3.2. Innovaciones en los Libros II y III del Código Penal

Respecto a las innovaciones introducidas por el nuevo código penal en sus Libros II y III, nos limitamos a comentar, brevemente, algunos aspectos que se refieren (A) a los delitos de lesiones, (B) a los delitos contra la libertad sexual, abandono de familia, menores o incapaces, y (3.3) al derecho a morir con dignidad, es decir cuando el Derecho penal protege a las víctimas que se encuentran en situaciones verdaderamente extremas.

A. Es acertado que, en el Título III, de las lesiones, se tenga más en cuenta que en el código anterior la vulnerabilidad y la necesidad de mayor y especial protección de las personas que considera incapaces el nuevo artículo 25. Concretamente merecen citarse los cuatro artículos siguientes:

-148.3º, en la pena del tipo básico de lesiones (del artículo 147: de seis meses a tres años de prisión) este nuevo 148.3º introduce una notable agravación “si la víctima fuere menor de doce años o incapaz”: la pena será de dos a cinco años de prisión.

-153, que sanciona al “que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o... pupilos ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho...” con la pena de prisión de seis meses a tres años, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado” lesivo. El artículo 425, del código anterior contenía un tipo similar pero su ámbito de personas era menor y su sanción también: arresto mayor (privación de libertad de un mes y un día a seis meses).

-155 y 156, ambos artículos, como el 428 del código anterior, niegan validez al consentimiento otorgado por un menor o un incapaz en todos los delitos de este Título III, de las lesiones.

-156, el párrafo segundo introduce un nuevo tipo de lesión impune: la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica. Pero añade que el juez para autorizar dicha esterilización ha de tomar “como criterio rector el de mayor interés del incapaz”. Este criterio recuerda el similar de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en el artículo 3: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Lo mismo proclamaba, treinta años antes, el artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1959.

B. También en el *Título VIII. Delitos contra la libertad sexual* y en los artículos que tratan del *abandono de familia, menores o incapaces*, se introducen algunas novedades de interés desde la perspectiva victimológica, aunque no tantas como era de esperar.

Así, vemos que los artículos 181, 182, 184 y 191 hablan seis veces de la víctima, vocablo que nunca aparece en los artículos correspondientes (429-452 bis g) del Código penal anterior, en el que se la denominaba “persona agraviada”, o “per-

sona ofendida”. Esta cuestión de nombres no carece de transcendencia, como atinadamente indica Wittgenstein, en su *Tractatus Logico-Philosophicus*, 3.22: “En la proposición el nombre hace las veces del objeto”. Por lo tanto, al cambiar el nombre, se cambia el objeto.

Tanto el capítulo primero, artículos 178-180, de las agresiones sexuales, como el segundo, artículos 181-183, de los abusos sexuales, tienen muy en cuenta y repetidamente el grado de vulnerabilidad de las víctimas. Expresamente lo dicen las circunstancias 3ª y 4ª del 180 y los dos casos del 182. Ambos artículos agravan la pena “Cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima” y “Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación”.

La agravación es mucho mayor en el 180 que en el 182 pues la pena de la agresión básica (de uno a cuatro años) asciende a prisión de cuatro a diez años; y la de agresión que consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal asciende de la básica (“seis a doce años”) hasta la de doce a quince. Esta pena supera, en su límite inferior, la pena del artículo 138 por el delito de homicidio: prisión de diez a quince años.

El artículo 182, en determinados abusos sexuales obliga a imponer la pena básica (prisión de cuatro a diez años en los casos de falta de consentimiento, y de uno a seis años en los de abuso de superioridad) en su mitad superior.

También merecen comentarse, al menos, las repetidas (y algunas nuevas) referencias a las personas incapaces en cuanto sujetos pasivos o víctimas del delito, teniendo en cuenta el antes citado artículo 25 del Libro I. A las personas incapaces se refieren los siguientes artículos:

-185 y 186, delitos de exhibicionismo y provocación. Estos dos artículos amplían el campo de las víctimas, en comparación con los correspondientes artículos 431 y 432 del código anterior; ahora se extiende a todos los menores de edad y a los incapaces;

-187, prostitución. Este artículo introduce en las víctimas a las personas incapaces, así amplía el campo de las personas protegidas;

- 229 y 230, delitos de abandono de un menor o de un incapaz. Artículos que, de modo semejante, ensanchan el ámbito protector a las personas incapaces;

- 231, delitos de entrega de un menor de edad o de un incapaz a un tercero o a un establecimiento público. El artículo correspondiente del código penal anterior no incluía a las personas incapaces;

- 232, utilización o préstamo de menores o incapaces para prácticas de mendicidad. Tampoco el similar artículo del código penal anterior, el 498 bis, incluía a las personas incapaces.

En resumen, el Libro II y el III del nuevo código penal han abierto la puerta a algunas exigencias progresistas de la Victimología, pero aún queda mucho por innovar pues todavía el autor del delito continúa ocupando el puesto central que, en justicia, *de lege ferenda*, les corresponde a las víctimas.

3.3. Asistencia a víctimas en extrema necesidad (mal llamada Eutanasia)

“El criterio principal, y por lo tanto el dominante en la acción médica, es el bien integral del moribundo concreto”.
(K. Demmer, Eutanasia, *Nuevo Diccionario de Teología Moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1992, p. 741).

El nuevo Código ha introducido un artículo de notable interés en la dogmática, la victimología y la política criminal moderna: el artículo que regula el hoy tan discutido derecho a morir con dignidad. El derecho a no sufrir enfermedades y/o dolores que, a la luz de competentes especialistas, otorgan al paciente derecho a una muerte digna. Es injusto que la autoridad le obligue al paciente a seguir sufriendolos bajo amenaza de una sanción penal a quien le asiste o ayuda.

La palabra eutanasia debe evitarse en estos supuestos pues suscita y sugiere sentimientos adversos ya que se vincula a la causación de una muerte, o todavía más a matar, o asesinar. Nada de esto subyace en el problema del morir con dignidad; se trata, eso sí, de cooperar a vivir y/o morir con dignidad y sin excesivos sufrimientos hasta en el último momento de la vida digna. Se procura dignificar y humanizar incluso el último y transcendental momento del vivir: el morir.

La Ley Orgánica tipifica e incrimina la eutanasia, pero con una sanción muy leve que en muchos casos resultará solamente simbólica; excepto para los profesionales. A éstos, cuando reincidan, no se les aplicarán las alternativas a la pena.

Aquí nos interesa el número 4 del artículo 143, que tipifica y sanciona diversos delitos de causación o cooperación a la muerte de otra persona. (Entre paréntesis caigamos en la cuenta de que el Código no emplea la palabra “eutanasia”, ni la expresión “muerte digna” o “ayuda a morir”. Nosotros ahora usaremos cualquiera de estas denominaciones u otras similares, pues no tenemos espacio para análisis semánticos, aunque sería muy ilustrativo). El texto punitivo dice así: “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”...

Como se ve, formula cuatro tipos de delito:

1. la causación de la muerte a otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave que hubiera conducido necesariamente a su *muerte*.
2. la causación de la muerte a otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave que produjera graves *padecimientos permanentes y difíciles de soportar*.
3. la cooperación activamente con actos necesarios a la muerte de otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave como en el caso 1.
4. la cooperación activamente con actos necesarios a la muerte de otra persona por la petición de ésta que sufre una enfermedad tan grave como en el caso 2.

En los dos casos primeros el autor causa la muerte, mientras que en los dos últimos solamente coopera con actos necesarios.

En los supuestos 1 y 3 la enfermedad es tan grave que hubiera conducido necesariamente a la muerte, mientras que en los casos 2 y 4 la enfermedad no es mortal pero produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Todos los supuestos exigen como requisito indispensable que medie petición expresa, seria e inequívoca de la víctima. Por esto, aunque, como hemos indicado, el código no emplea la expresión eutanasia activa por piedad, ni otras similares, se puede afirmar que el legislador ha pretendido tipificar como infracción penal estas conductas concretas que en nuestros códigos anteriores no se recogían como tales.

Respecto a la sanción conviene tener en cuenta las normas, en cierto sentido muy innovadoras, del nuevo Código penal en sus artículos 61 y siguientes. Para los supuestos 1 y 3 la sanción puede oscilar, a juicio de los Tribunales y según las diversas circunstancias, desde la máxima que es la prisión de seis a tres años hasta la mínima que sería la prisión de tres años a dieciocho meses. Esta prisión de tres años a dieciocho meses es una pena “menos grave” (según el artículo 33,3), por lo que el condenado puede, en muchos casos, no ingresar en la cárcel, ya que (a tenor del art. 80.1) las penas menos graves admiten la suspensión de su ejecución, y/o ser sustituidas por algunas obligaciones o deberes que determine el Juez o el Tribunal (artículo 83).

Si el delincuente reincide, no cabe la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de la pena (art. 81,1ª). Por lo tanto, la tipificación deja de ser meramente simbólica para todas aquellas personas que por su profesión y/o convicción se encuentren “en riesgo” de reincidir.

Lógicamente, la sanción que se señala a los casos 2 y 4 es menor. Comprende un abanico muy amplio: puede consistir en privación de libertad hasta una duración máxima de dos años y se pueden aplicar las normas establecidas para la suspensión de la ejecución, y caben también la imposición de las obligaciones y deberes del artículo 83, de las cuales merecen citarse, por ejemplo, el “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”. En estos casos 2 y 4, cuando la pena de prisión no exceda de un año, puede el Juez o el Tribunal sustituirla por arresto de fin de semana o multa (artículo 88,1).

En España, actualmente, muchos, quizás la mayoría, de los especialistas en Derecho penal, Criminología y Política Criminal opinan que los casos extremos de eutanasia activa deben quedar impunes. En este sentido se declaran los 97 miembros del Grupo de Estudios de Política Criminal, en su Manifiesto sobre la objeción de conciencia, firmado en Madrid el 5 de noviembre de 1993, publicado en el *Anuario de Derecho penal* (1994, pp. 311 ss.). Con más detalle se habían expresado, pocos meses antes, 77 firmantes del Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida (Madrid, 26 de junio de 1993. Cfr. *Cuadernos de Política criminal*, 1994, pp. 865 ss.).

Para el Director de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Catedrático de Derecho penal y Doctor en Medicina, Carlos M^a. Romeo Casabona (1994, p. 489), “En términos generales parece acertado el planteamiento” del nuevo Código (aunque el catedrático se refiere al Proyecto de 1992, que en esta cuestión coincide casi al pie de la letra).

La jurisprudencia internacional juzga actualmente con criterios muy distintos que en años anteriores. Ningún Tribunal proclamará, hoy, en una sentencia lo que, en 1954, escribió el Tribunal Federal alemán: “Todo suicidio –prescindiendo quizá de casos excepcionales extremos– es severamente reprobado por la ley moral, puesto que nadie puede disponer soberanamente de su vida y darse muerte”. (*Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen*, Tomo 6, 153).

Tanto el Juez como el legislador penal han de conocer y aceptar las nuevas doctrinas acerca del, hoy, posible sentido positivo (mayor o menor) de algunos comportamientos ayer reprochados como criminales.

El sociólogo francés, Patrick Baudry, al reflexionar acerca de “Nuevos datos sobre el suicidio” (revista *Concilium*, 1985, pp. 315 ss.) muestra que el acto de lo que se denomina eutanasia, a veces, “no significa solamente una necesidad de amor, como puede decirse muy vagamente y, en definitiva, muy ingenuamente. Es una violenta llamada de atención a una redefinición de orden interrelacional”. Por eso pueden molestar, a veces. Porque son una llamada de atención, una protesta para el restablecimiento de vínculos sociales, de estructuras comunitarias menos injustas.

3.4. Lagunas de más urgente superación

La laguna fundamental y que merece ser corregida inmediatamente se encuentra en el Título Preliminar y en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. También se echa de menos la referencia a las víctimas en muchos capítulos de los tres Libros y en las Disposiciones adicionales y transitorias, sin olvidar el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, y la legislación y praxis penitenciaria. Pasamos a indicar algo sobre estos puntos.

3.4.1. Código Penal

“Aún queda el grave escollo de la responsabilidad civil subsidiaria”

Enrique Ruiz Vadillo, “*Victimología*”, Nº 13, Centro asistencia a la víctima, Córdoba, (Argentina), 1995, p.7.

Las lagunas más importantes se encuentran en la Exposición de Motivos y en el Título Preliminar, pero también y muy llamativas en algunos Títulos de los tres Libros.

La Exposición de Motivos de nuestra Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE, Núm. 281, de 24 de Noviembre), que el legislador escribe para patentizar y justificar los nuevos criterios y contenidos del Código que el Gobierno ha elaborado y las Cámaras han discutido y aprobado, no dice una sola palabra de lo que, en opinión de muchísimos especialistas y de todos los victimólogos, en primer lugar debía innovar el legislador (y proclamarlo solemnemente): quiénes son las personas más centrales y tuteladas y protegidas en el ámbito jurídico-penal, quiénes son las víctimas –más o menos directas– y cuál es la tutela específica de sus derechos. Nada indica acerca de la inexorable necesidad de acoger en el código penal el nuevo concepto y contenido de la sanción recreadora de las víctimas y de los victimarios, que la doctrina ha elaborado y no cesa de

pedir insistentemente. Esta doctrina, lógicamente, evita la palabra “castigo”; no así nuestro Código. En seguida volveremos sobre el tema, de singular transcendencia en el Código y en el sistema penitenciario.

Más grave laguna encontramos en el nuevo Título Preliminar. El Título Preliminar de un Código penal del tercer milenio debe empezar formulando tres conceptos básicos, que brillan por su ausencia en el nuestro:

- qué se entiende por víctimas de los delitos y de las faltas,
- cuál es el nuevo (inexorablemente nuevo) nombre, concepto y contenido de la sanción penal virtual,
- cuáles son las básicas reparaciones y atenciones que han de prestarse a las víctimas.

La doctrina victimológica ve a las víctimas como merecedoras de reparaciones y atenciones, ante todo y en estricta justicia. Digo que “ante todo”, para significar la primacía que las respuestas o sanciones penales han de otorgar a las víctimas preferentemente que a sus victimarios, los condenados autores de un delito o de una falta.

Sin embargo nuestro Título Preliminar lo ignora. Omite la noción y la descripción, e incluso la referencia, a esas dos columnas que sostienen el edificio de la Victimología y deben sostener el código penal: las víctimas y la sanción recreadora. Ni una sola vez habla de las víctimas. Su omisión es más llamativa en algunos artículos. Por ejemplo, en el 2.2, al tratar de las nuevas leyes con posibles efectos retroactivos, siempre que hace referencia al reo, debería hacerla también y mayor aún a las víctimas, pues, con frecuencia, tales efectos de algunas normas penales pueden afectar a éstas tanto o más que a aquél. Nadie puede probar con sólidos argumentos de justicia y de humanidad que el código penal, la Justicia y/o el Poder Judicial, han de favorecer al reo más y antes que a sus víctimas.

También conviene llenar pronto las lagunas en muchos capítulos concretos de los Libros I, II y III. Por parquedad de espacio comentamos sólo algunos artículos del Libro primero. El 32 continúa entendiendo que todas las penas (además de la multa) son privativas de libertad y/o de algún derecho. Incluso los trabajos en beneficio de la comunidad se consideran penas privativas de derechos, a tenor del artículo 39. Falta la noción de la pena como algo fundamentalmente positivo (no privativo) en favor de las víctimas e incluso del condenado.

Cuatro nuevos artículos (6.1, 78, 80 y 97 a) hablan de la peligrosidad criminal del condenado. Estos supuestos tienen una laguna pues no conceden expresamente prioridad a la relación del autor con sus víctimas. Más urge superar la laguna del artículo 80, que convendría dijese: “Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la relación del autor con sus víctimas y a la peligrosidad criminal de aquél”.

También se echa de menos hacer referencia a las víctimas en otros artículos. Por ejemplo, en los que tratan de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En concreto, el artículo 83.5º, de la rehabilitación social del pena-

do, debía hacer referencia a las víctimas. Además, en este artículo 83, falta un número sexto, cuyo texto podría establecer: “El Juez o Tribunal fijará algunas obligaciones o deberes al delincuente para la mejor reparación y/o atención a las víctimas”.

En la Sección primera del Capítulo III del Título III, al regular la *suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, todos o casi todos los artículos que se refieren al condenado “olvidan” tomar en consideración su relación con las víctimas. Así, los artículos 81.3^a, 86, y 87, cuando exigen “oír a los interesados”, “oirán a éste”, “con audiencia de las partes”, deben añadir que se oiga también, y no menos, a las víctimas; el artículo 87.2 cuando exige que el Juez o Tribunal tenga en cuenta “las circunstancias del hecho y del autor”, lógicamente debe añadir que también y no menos debe tener en cuenta las circunstancias de las víctimas. Lo mismo ha de aplicarse al artículo 88.1. párrafo segundo, cuando pretende no frustrar los “fines de prevención y reinserción social” del delincuente. También las víctimas necesitan medidas preventivas y de reinserción.

Urge que los artículos 90 y siguientes, relativos a la *libertad condicional*, así como los 101 y siguientes que tratan de la *aplicación de las medidas de seguridad*, y los 109 y siguientes en los que se regula la *responsabilidad civil de los delitos y faltas*, proclamen seriamente la conveniencia-necesidad de procurar una relación reparadora y repersonalizadora lo más eficiente posible del autor del delito con sus víctimas. Por brevedad me limito a proponer una posible nueva formulación del artículo 109.1, “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a prestar la más completa asistencia y atención a las víctimas y a reparar, en los términos previstos...” Sólo el conocimiento de la extrema y exagerada rapidez con que se llevó a cabo la elaboración, redacción y discusión (prácticamente nula) de estos artículos puede explicar que las víctimas brillen por su ausencia en ellos.

Deseamos la inmediata reforma de estos artículos y la simultánea dotación presupuestaria para contar, sin demora, con los medios personales y materiales que posibiliten su aplicación práctica efectiva.

La nueva pena del artículo 49 puede considerarse una de las más acertadas reformas del código penal. Pero, no tiene suficientemente en cuenta a las víctimas. Dice así: “Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su colaboración no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas...” También su legislación complementaria deja notables huecos. Antes de que entrase en vigor el nuevo código penal, ya el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, había establecido las *circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*. (BOE, N^o 120, de 17 de mayo; corrección de errores en BOE núm. 186, de 2 de agosto). Tanto el artículo 49 como el Real Decreto correspondiente, olvidan escandalosamente a las víctimas.

En el artículo 49, nuestro legislador no hace una sola referencia a éstas. En cuanto a las condiciones que impone, sería deseable que giraran alrededor de las víctimas y, en caso de duda, más que alrededor de la comunidad y del penado.

Desconoce totalmente los miles de estudios que se han publicado en los últimos veinticinco años pidiendo que el condenado trabaje en beneficio de las víctimas concretas que él ha ofendido. Continúa viendo el delito como un binomio entre el reo

y la comunidad-autoridad; continúa olvidando que es un triángulo virtual, con una base fundamental e insustituible: la víctima, o mejor dicho las víctimas.

Permítaseme insinuar algunas de las elementales referencias que se echan de menos en el Real Decreto 690/1996. El número 1, *del concepto* debía indicar expresamente que el trabajo o la prestación de la cooperación personal ha de tener “a servir de reparación, ante todo, para las víctimas inmediatas y mediatas perjudicadas por el ilícito penal”...

El número 2, sobre la *determinación de los puestos de trabajo*, debía exigir que, en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, las víctimas (y el penado) podrán proponer un trabajo concreto... Cuando pide que se emita un informe al Tribunal, debía indicar que son las víctimas, en primer lugar, y la Administración penitenciaria quienes lo formularán, tras analizar la propuesta ofrecida.

Respecto a *la entrevista y la selección del trabajo*, del número 4, sobra decir que los servicios sociales penitenciarios, no menos que entrevistar “al penado para conocer sus características personales, su capacidad laboral y el entorno social, personal y familiar”, han de entrevistar a las víctimas, pues éstas, en su carne y huesos, son las principalmente perjudicadas.

En cuanto a *la jornada, el horario y las indemnizaciones*, bien está que se tenga en cuenta “las cargas personales o familiares del penado”, pero mucho más se deberán tener en cuenta las de las víctimas. Estas han de poder intervenir en el seguimiento y control de que habla el número 6, y a ellas se les debe entregar un informe final, igual o similar al que exigen los números 7 y 10.

Brevemente, en la Exposición de Motivos, en el Título Preliminar y en muchos capítulos del Código se echan de menos referencias fundamentales a las víctimas cuando se regulan los requisitos para dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, la rehabilitación social del penado, la libertad condicional, la responsabilidad civil, los trabajos en beneficio de la comunidad (mejor diría en beneficio de las víctimas), etcétera.

Antes de entrar en el mundo penitenciario, retomemos el tema que insinuábamos algo más arriba, cuando decíamos que el Código debe expulsar de su articulado la palabra “castigo”. Nunca se debe emplear este vocablo radicalmente obsoleto y anticuado, plasmación de una mentalidad vindicativa premedieval.

Permítaseme decirlo con toda la energía, y aplicar a los adultos lo que hace algún tiempo proclamé para los menores:

¡CASTIGAR NUNCA!

A tu niño nadie
le debe castigar.
Nunca.
Sería un crimen,
un holocausto.
Nadie le debe castigar.
Ni Dios lo hace.

A tu niño
se le puede reprimir.
Pero, sólo
quien le quiere
tal como es.
Quien le quiere
a fondo perdido.

Tu niño
-semillero
soterrado,
roto,
bajo la nieve paradójica-
aflora y
florece
por tu pupila cálida.

Parece insostenible que nuestro Código continúe manteniendo, repetidas veces, el vocablo “castigo” y “castigar” en su articulado. Lo hace ya en el Título Preliminar, en el artículo primero, otra vez en el segundo, y tres veces en el artículo octavo. Los tres Libros que siguen, en innumerables ocasiones, repiten esa palabra clave del derecho penal primitivo y medieval, es decir que al condenado se le ha de responder con un daño malo y doloroso como consecuencia vindicativa por su acción dañosa, mala y dolorosa, *malum passionis propter malum actionis*, según Boecio (Roma 480-Pavía 525). En vísperas del tercer milenio ya es hora de proclamar que el código penal responde a la victimización, sin castigos, exigiendo y facilitando que el victimario tome conciencia del daño que ha causado y lo repare positivamente, que haga lo que esté en su mano (que siempre puede hacer algo) para repersonalizar a la víctima y repersonalizarse él, para conciliarse y reconciliarse, para convivir fraternalmente.

3.4.2. Legislación y praxis penitenciaria

Ni una sola vez se refiere a las víctimas la tan elogiada Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, ni el nuevo Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que entró en vigor el 25 de mayo (ni su amplia exposición de motivos).

Urge llenar estas lagunas por mil motivos, no sólo por el principio de humanidad que debe permeabilizar todo el triste mundo penitenciario. Urge corregir inmediatamente, al menos, el capítulo de las recompensas a que se refieren los artículos 46 de la Ley y 263-264 del Reglamento.

El artículo 46 puede introducir una frase que tome en cuenta la actitud y el comportamiento del interno y/o la interna respecto a sus víctimas. Por ejemplo, “Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad (especialmente en relación con sus víctimas) en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimuladas mediante un sistema de recompensas reglamentariamente establecido”. En cuanto al Reglamento, bastará introducir el mismo nuevo inciso en el artículo 263.

Más importante y más eficiente sería que los Jueces de Vigilancia y la Comisión Disciplinaria del Centro, como la mayoría de los órganos colegiados a que se refiere el capítulo II del Reglamento, tuvieran más presentes a las víctimas, si (como debería ser) incluyesen entre sus miembros *un Criminólogo*, algo así como lo que establecía el Reglamento Penitenciario de 1981, en su artículo 281, “De los Juristas-Criminólogos”.

También deberá tenerse en cuenta la relación del interno y/o de la interna con sus víctimas para la concesión de los beneficios penitenciarios de que hablan los artículos 202-206 del Reglamento.

4. EL POLICIA ¿SERVIDOR Y AMIGO DE LAS VICTIMAS Y LOS CIUDADANOS?

Como complemento de lo indicado en las páginas anteriores, parece oportuno reflexionar acerca de cómo perciben los ciudadanos a la policía. Esta cuestión ha sido investigada en Alemania recientemente (U. DÖRMANN, 1996, pp. 26, 27, 28, 29).

En otoño de 1994, la Oficina Federal Policial (*Bundeskriminalamt*) de Wiesbaden continuó la investigación que había iniciado en otoño de 1991. Los resultados que más nos interesan aparecen en las Tablas siguientes:

Tabla 1: LA MAYOR PARTE DE LOS POLICÍAS SON EN GENERAL AMABLES Y COMPRENSIVOS (Este)

Opinión (en % de encuestados)	1990		1991	1994
	Antes de la unificación	Después de la unificación		
(1) Totalmente de acuerdo	11	24	16	21
(2) Bastante de acuerdo	30	55	54	56
(3) Bastante en desacuerdo	42	17	25	18
(4) Absolutamente en desacuerdo	17	3	3	4
Valor medio del (1) al (4)	2,7	2	2,1	2
Total	4.999	4.999	4.600	2.034

En la zona de Alemania oriental se observa un notable aumento de la estima del policía como amigo, con ocasión o motivo del cambio político paralelo a la caída del muro de Berlín, en noviembre de 1989. Estima que en el año 1991 desciende un poco; pero que en 1994 vuelve a ascender y llega prácticamente a alcanzar el grado de 1990. En la República Federal de Alemania (Zona occidental) la apreciación ami-

cal de la policía es, en 1990, mayor que en la Zona oriental, y en 1994 se mantiene casi a la misma altura.

Según muestra la Tabla 2, en 1994, los hombres menores de 35 años son los más críticos respecto a la policía-“amiga”, pero los mayores de esa edad son los que más la aprecian; un poco menos que éstos la estiman las mujeres, como aparece en dicha Tabla:

Tabla 2: LA MAYOR PARTE DE LOS POLICÍAS SON EN GENERAL AMABLES Y COMPRENSIVOS (Oeste)

Opinión (en % de encuestados)	1990	1994
(1) Totalmente de acuerdo	30	28
(2) Bastante de acuerdo	53	56
(3) Bastante en desacuerdo	15	14
(4) Absolutamente en desacuerdo	2	2
Valor medio del (1) al (4)	1,9	1,9
Total	2.027	1.994

A la pregunta “¿El policía es tu amigo y tu servidor?”, el año 1994, en la Zona occidental contestan afirmativamente casi el 75%, mientras que en la oriental, antes de 1990, sólo el 32%, y en 1994 sube hasta el 64%, como se detalla en las dos Tablas siguientes:

Tabla 3: VALORACION CIUDADANA DE LA AMABILIDAD DE LOS POLICIAS (Alemania unificada 1994) –SEGUN EDAD Y SEXO DE LOS ENCUESTADOS–

Opinión (en % de encuestados)	Sexo		Edad	
	Hombre	Mujer	menor 35 años	mayor 35 años
(1) Totalmente de acuerdo	24	28	14	33
(2) Bastante de acuerdo	55	58	61	54
(3) Bastante en desacuerdo	17	12	21	11
(4) Absolutamente en desacuerdo	3	1	3	2
Valor medio del (1) al (4)	2	1,9	2,1	1,8
Total	1.915	2.115	1.342	2.688

Tabla 4: EL POLICIA ES TU AMIGO Y TU AYUDA

Opinión (en % de encuestados)	Este			Oeste	
	1990 Antes de la unificación	1990 Después de la unificación	1994	1990	1994
(1) Totalmente de acuerdo	7	11	15	22	23
(2) Bastante de acuerdo	25	48	44	53	50
(3) Bastante en desacuerdo	43	34	32	20	22
(4) Absolutamente en desacuerdo	25	8	8	4	4
Valor medio del (1) al (4)	2,9	2,4	2,3	2,1	2,1
Total	4.999	4.999	2.034	2.027	1.994

En relación con estas investigaciones alemanas puede leerse el artículo 33 del capítulo II, *Código deontológico*, de la Ley (del Parlamento Vasco) 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, según el cual: “Los miembros de la Policía del País Vasco están obligados, incluso fuera del servicio, debiendo intervenir siempre en defensa de la ley y de la seguridad ciudadana, y prestar auxilio en los casos de accidentes y calamidades públicas o desgracias particulares”.

Al comentar este Código deontológico de la Ertzaintza, José Luis Yanguas define al ertzaina como “servidor público” y como “protector” que ayuda y asiste al ciudadano (J.L. YANGUAS, 1990, p. 45). Podría añadirse “y preferentemente a las víctimas”.

En la misma dirección avanzan importantes capítulos de las varias tesis doctorales que actualmente se están culminando en el Instituto Vasco de Criminología sobre la “mediación”. De ellas cabe deducir un mensaje al policía: ausculte atentamente a los victimólogos que deseamos añadir a su muy noble misión tradicional (que desconocen quienes [en la *Agenda 1997* editada por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián] proclaman “Si yo prefiero los gatos a los perros es porque no hay gatos policías”) la nueva misión de mediador, de conciliador, de reconciliador.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Luis ARROYO ZAPATERO (1996), “Sociedades secretas y Derecho penal”, en J. A. Ferrer Benimeli (Comp.), *La Masonería en la España del siglo XX. VII Symposium Internacional de Historia de la Masonería Española*, Toledo, Tomo I, pp. 3-13.

- M. Cherif BASSIOUNI (1988), "Introduction to the United Nations Resolution and Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", en Idem (Comp.), *International Protection of Victims*, monográfico de *Nouvelles Etudes pénales*, núm. 7, Association Internationale de Droit pénal, Ed. Erès, pp. 17 ss.
- Antonio BERISTAIN (1987), "La justice et l'assistance aux victimes. A propos de l'élaboration d'une déclaration par les Nations Unies", *Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, pp. 331-342.
- (1990), "La Victimología creadora de nuevos Derechos Humanos", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 205-228.
- Pierre-Henri BOLLE (1989), "Le sort de la victime des actes de violence criminels en Droit pénal suisse: De l'enfer au paradis", en J.L. de la Cuesta, I. Dendaluz, E. Echeburúa (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, pp. 53-64.
- Uwe DÖRMANN (1996), *Wie sicher fühlen sich die Deutschen?*, Bundeskriminalamt, Band 40, Wiesbaden.
- Frieder DÜNKEL (1990), "Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, ..., pp. 159-182.
- Abram EKSTERMAN (1993), "Antisemitismo: Uma Aproximação Psicanalítica", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 106-116.
- Winfried HASSEMER (1984), *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- Myriam HERRERA MORENO (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid.
- Louk HULSMAN, Jacqueline BERNAT DE CELIS (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, París.
- (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, traducción de Sergio Politoff, Ariel, Barcelona.
- Günther KAISER (1991), "Victim-Related Research at the Max-Planck-Institute. Points of Departure, Issues and Problems", en G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht (Comps.), *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, Vol. 50, Freiburg i. Br., pp. 3-17.
- (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª edic., C.F. Müller, Heidelberg.
- Gerardo LANDROVE (1990), *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Eliás NEUMAN (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2ª edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.
- Carlos M^º ROMEO CASABONA (1994), *El derecho a la vida y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. R. Areces, Madrid.
- Hartmut SCHELLHOSS (1993), "Funktionen der Kriminalität", en G. Kaiser, F. Sack y H. Schellhoss (Comps.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 152-156.

José Ignacio ULLIBARRI (1994), "Aportaciones para una Deontología profesional del criminólogo", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 8, Departamento de Interior, Gobierno Vasco, pp. 159-169.

José Luis YANGUAS (1990), "Código deontológico de la Ertzaintza (Apuntes para una interpretación práctica)", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 1, Departamento de Interior, Gobierno Vasco, pp. 42-47.

6. BIBLIOGRAFIA

Andreas ANTER (1994), *Max Webers Theorie des modernen Staates. Herkunft, Struktur un Bedeutung*, monográfico de *Beiträge zur Politischen Wissenschaft*, Band 82, Duncker & Humblot, Berlin.

M. Cherif BASSIOUNI (Comp.) (1988), *International Protection of Victims*, monográfico de *Nouvelles Etudes Pénales*, Association Internationale de Droit Pénal, Ed. Erès.

Amaya BERANOAGUIRRE (1991), "Biktimologia: bizipen traumatikoak eta poliziaren partehartzea - Victimología: vivencias traumáticas e intervención policial", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 3-4, Dpto. de Interior, Gobierno Vasco, 1991, pp. 182 ss.

Antonio BERISTAIN (1984), "Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados", en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, número especial del *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, pp. 195-258.

IDEM (1987), *Presondegiak, Gazteen gaizkintza, drogak*, Gero, Mensajero, Bilbao.

IDEM (1993), "Un derecho de la víctima: el proceso en conviction-sentencing", en W. Küper, J. Welp (Comps.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer, Heidelberg, pp. 653-662.

Antonio BERISTAIN, José Luis de la CUESTA (Comps.) (1990), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián.

Roque de BRITO ALVES (1993), "A vitima de crime sexual", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 361-380.

Francisco BUENO ARUS (1990), "La atención a la víctima del delito", *Actualidad Penal*, núm. 27, julio 1990, pp. 297 ss.

IDEM, (1994), "Panorama moderno de la pena de prisión", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXX, Univ. de Coimbra, pp. 247 ss.

Juan BUSTOS y Elena LARRAURI (1993), *Victimología: presente e futuro*, PPU, Barcelona.

José Luis de la CUESTA (1993), "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", *Homenaje a J. del Rosal*, Edersa, Madrid, pp. 319-345.

Nils CHRISTIE (1981), "Conflicts as property", en *Perspectives on Crime Victims*, Galloway A. Hudson, St. Louis.

Sarah Ben DAVID, Gerd Ferdinand KIRCHHOFF (Comps.) (1992), *International Faces of Victimology*, WSV Publishing, Mönchengladbach.

- Miguel Angel DIEZ RAMOS (1996), "Seguridad ciudadana, victimización y opinión pública", *Ciencia Policial* (Estudios), núm. 37, julio-agosto 1996, pp. 25 ss.
- José Luis DIEZ RIPOLLES y OTROS (1996), *Delincuencia y víctimas (Encuestas de victimización en Málaga)*, Instituto Andaluz Interuniversitario, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Uwe DÖRMANN (1996), *Wie sicher fühlen sich die Deutschen?*, Bundeskriminalamt, Band 40, Wiesbaden.
- Frieder DÜNKEL (1990), "Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 159-182.
- Abram EKSTERMAN (1993), "Antisemitismo: Uma Aproximação Psicanalítica", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, pp. 106-116.
- Antonio GARCIA-PABLOS de MOLINA (1992), *Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Antonio GIMENEZ PERICAS (1993), "La Victimodogmática", *La Victimología*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 381-396.
- Esther GIMENEZ-SALINAS (1993), "La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho penal reparador", *La Victimología*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, ..., pp. 345-366.
- Fely GONZALEZ VIDOSA, Luis F. de JORGE MESAS (1993), "Derechos de las víctimas y de los delincuentes", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 149-180.
- Winfried HASSEMER (1984), *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- IDEM (1990), "Consideraciones sobre la víctima del delito", *Anuario de Derecho Penal*, enero-abril 1990, pp. 241 ss.
- Myriam HERRERA MORENO (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid.
- Hans-Joachim HIRSCH (1990), "La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 42, pp. 561 ss.
- Hans-Heinrich JESCHECK, Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edic., Duncker & Humblot, Berlín.
- Günther KAISER (1993), "Viktimologie heute", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 3 ss.
- IDEM (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª edic., C.F. Müller, Heidelberg.
- G. KAISER, H. KURY, H.-J ALBRECHT (Comps.) (1991), *Victims and Criminal Justice*, 4 Vols., Max-Planck Institut, Freiburg i. Br.
- Gerd Ferdinand KIRCHHOFF, Ester KOSOVSKI, Hans Joachim SCHNEIDER (Comps.) (1993-94), *International Debates of Victimology*, núm. 11-12, WSV Publishing, Mönchengladbach.

- Gerardo LANDROVE (1990), *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- M^a de la Luz LIMA (1995), "Servicios a víctimas en México", en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50^o Curso Internacional de Criminología, México, pp. 11-82.
- Julio B. MAIER (1991), "La víctima y el sistema penal", *Jueces para la Democracia*, 12, 1, pp. 31 ss.
- Andrés MARTINEZ ARRIETA (1990), "La víctima en el proceso penal", *Actualidad Penal*, núm. 4, enero 1990, pp. 41 ss., febrero 1990, pp. 49 ss.
- R.I. MAWBY, S. WALKLATE (1994), *Critical Victimology. International Perspectives*, Sage Publications, London.
- Jürgen MEYER (1996), "Zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems unter besonderer Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs", en K. Schmoller (Comp.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Wien, pp. 629-647.
- Juan de MIGUEL ZARAGOZA (1987), "Hacia un sistema europeo de indemnización a víctimas de delitos", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1462, 25 julio 1987, pp. 1861 ss.
- Koichi MIYAZAWA (1986), "Viktimisierung im Strassenverkehr in Japan", en H.J. Hirsch, G. Kaiser, H. Marquardt (Comps.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 321-327.
- Koichi MIYAZAWA, Minoru OHYA (Comps.) (1986), *Victimology in Comparative Perspective*, Seibundo Publishing, Tokyo.
- Kerry MURPHY HEALEY (1995), "Victim and Witness Intimidation: New Developments and Emerging Responses", *Research in Action*, october 1995, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, Washington, pp. 1 ss.
- Ignacio MUÑAGORRI (1994), *Eutanasia y Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.
- Elías NEUMAN (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2^a edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.
- IDEM (1995), *Victimología supranacional. El acoso a la soberanía*, Universidad, Buenos Aires.
- Reynald OTTENHOF (1992), "Jovens autores e jovens vítimas: unidade ou dualidade?", en J.M. de Araujo Jr. (Comp.), *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pp. 557 ss.
- Jaime M. PERIS RIERA (1988), "Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 34, pp. 93 ss.
- IDEM (1989), *Proyecciones penales de la Victimología. Excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*, Conselleria d'Administració Pública de la Generalitat Valenciana, Valencia.
- Christian PFEIFFER (1993), "Opferperspektiven. Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 53 ss.
- President's Task Force on Victims of Crime*, Final Report, december 1992, Washington.
- Luis RODRIGUEZ MANZANERA (1996), *Victimología*, Porrúa, México.

- Carlos M^a ROMEO CASABONA (1995), "Sida y Derecho penal", *Problemas del tratamiento jurídico del Sida*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 67 ss.
- Claus ROXIN (1989), *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 21 edic., C.H. Beck, München.
- Antonio SANCHEZ GALINDO (1995), "La victimización de los menores infractores en América Latina", en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50^o Curso Internacional de Criminología, México, pp. 147-170.
- Hans Joachim SCHNEIDER (Comp.) (1982), *The Victim in International Perspective*, Walter de Gruyter, Berlín.
- Horst SCHÜLER-SPRINGORUM (1991), *Kriminalpolitik für Menschen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Alfonso SERRANO GOMEZ (1986), *El costo del delito y sus víctimas en España*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
- Klaus SESSAR (1993), "Ausländer als Opfer", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 111 ss.
- Miguel Angel SORIA VERDE (Comp.) (1993), *La víctima: entre la Justicia y la delincuencia*, PPU, Barcelona.
- Abel TELLEZ AGUILERA (1993), "Las víctimas del delito en el Derecho español", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 49, pp. 133 ss.
- VARIOS (1992), *El Derecho penal y la víctima*, número monográfico de *Papers d'Estudis i Formació*, núm. 8, marzo 1992, Barcelona.
- VARIOS (1988), *International Protection of Victims*, Association Internationale de Droit Pénal, Ed. Erès, Toulouse.
- VARIOS (1993), *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Victimología*, núms. 3 y 4 (1992), 13 (1995), Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Córdoba (Argentina).
- Peter WALDMANN (1996), "El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy", en Idem (Comp.), *Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Biblioteca Jurídica Díké, Medellín, pp. 31-49.
- Ludwig WITTGENSTEIN (1993), *Tractatus logico-philosophicus*, 4^a reimpression, traducción e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Alianza, Madrid.
- World Society of Victimology Newsletter*, Membership Directory, Vols. 1 al 6, 1981-1987/88.
- Eugenio Raúl ZAFFARONI (1989), *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

95 - 120

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Reyes GOENAGA OLAIZOLA

*Magistrada**Profesora del Instituto Vasco de Criminología*

Resumen: El nuevo Código Penal ha traído consigo un cambio en el concepto del bien jurídico que ha de protegerse en los delitos sexuales, que no es ya “la honestidad de la mujer” sino “la libertad sexual” de la persona. Esto ha provocado una nueva tipología del delito en cuestión, basada en el atentado contra la libertad sexual con la introducción de una serie de agravaciones, desechando antiguos términos como violación o estupro.

Laburpena: Kode penal berriak aldaketa ekarri du delitu sexualetan babestu behar den ondasun juridikoaren kontzeptuan, orain ez baita “emakumezkoaren duintasuna”, pertsonaren “sexu askatasuna” baino. Honek beste tipologia bat eragin du delitu horri dagokionez, sexu askatasunaren kontrako eraso izatean oinarritzen baita, zenbait areagotze gehiagorekin eta aspaldiko zenbait termino baztertuz, “bortxaketa” eta “estuproa” esate baterako.

Summary: The new Penal Code has entailed a change in the concept of the judicial asset which must protect itself in sexual offenses, which is no longer “a woman’s chastity”, but rather “the sexual freedom” of the person. This has provoked a new typology of the offense in question, based on the attempt against sexual freedom with the introduction of a series of aggravating circumstances, discarding old terms such as violation or raping of a minor.

Résumé: Le nouveau Code Pénal a entraîné un changement dans le concept du bien juridique qui doit se protéger dans les délits sexuels, on ne parle plus de “la décence de la femme” mais de “la liberté sexuelle” de la personne. Ceci a provoqué une nouvelle typologie du délit en question, fondée sur l’atteinte à la liberté sexuelle tout en introduisant une série d’aggravations, bannissant ainsi des termes anciens comme viol ou stupre.

Auszug: Das neue Strafgesetzbuch hat eine Änderung in der Meinung der rechtsgelehrte verursacht, der sich gegen Sexualitätsverbrechen beschützen muß, was nicht mehr “die ehrbarkeit der frau” ist sondern “die Sexualitätsfreiheit” der Person. Das hat das Verbrechen eine neue Dimension gegeben, basiert auf den attentat gegen die Sexualitätsfreiheit und mit der Introdution einer Serie Erschwerungen, alte Ausdrücke wie Schändung oder Notzucht wegwerfent.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal introduce, como es sabido, una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. La Exposición de Motivos del Código señala que con ello “se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”.

Debe decirse, en todo caso, que este cambio de concepción en cuanto al bien jurídico protegido se debe más bien a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989, en la que se modificó el rótulo del Título IX, abandonando la antigua terminología de Delitos contra la honestidad.

Y tanto esta reforma de 1989, como la que ahora nos ocupa, responden a una inquietud doctrinal generalizada que se produjo al inicio de los años ochenta en cuanto a la necesidad de que el Código abandonase la tutela de la honestidad como bien jurídico. Se postulaba la reforma del derecho penal en este ámbito para que se tutelara la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona¹.

Se buscaba con este cambio de enfoque una cierta laicización del instrumento punitivo en la materia, a la luz de los valores de la Constitución de 1978, y un abandono del concepto de moral sexual dominante, que se reflejaba en los tipos penales mediante la tutela de intereses familiares, matrimoniales stricto sensu, o de expectativas matrimoniales².

Así pues, el *bien jurídico protegido* en los delitos previstos en los arts. 178 a 194 del Código es ya claramente la *libertad sexual*, entendiéndose con ello que estamos ante un objeto jurídico de protección que se inserta en la esfera de la libertad personal, y cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. Esto significa, respecto a los adultos, que la orientación de los tipos penales se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual, y respecto a los menores, que los tipos penales se orientan a la preservación de las condiciones básicas para que en el futuro puedan alcanzar un libre desarrollo de la personalidad en la esfera sexual³.

Las novedades fundamentales en la regulación de los delitos sexuales se concentran en los tres primeros capítulos del Título, estableciéndose una especie de graduación por la gravedad de las conductas, de tal modo que primero se tratan los ataques contra la libertad sexual efectuados con violencia o intimidación (agresiones sexuales), a continuación los ataques de esa naturaleza, efectuados sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento (abusos sexuales), y por último, las conductas de solicitud de favores sexuales prevaleciendo de superioridad (acoso sexual).

La Exposición de Motivos del Código se refiere a la novedad de las técnicas punitivas utilizadas, señalando que “en este caso, alejarse de la tradición parece un

1. DÍEZ RIPOLLÉS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981. Pág. 260.

2. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.

3. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.*

acuerdo”, y este comentario no ha dejado de provocar críticas en algunos comentaristas, que han señalado la complicación innecesaria del marco legal y el abandono de una terminología (violación, estupro...) socialmente muy arraigada y con un contenido claramente definido⁴.

En mi opinión, sin embargo, la sistemática del Código simplifica y aclara conceptos: se parte de un concepto básico de la conducta, el atentado contra la libertad sexual (en un caso con violencia o intimidación y en otro no, pero sin consentimiento), y lo que se introduce es una serie de agravaciones teniendo en cuenta la cualidad, o la gravedad, de los medios por los que se anula la voluntad de la víctima. De este modo, situaciones como la del acceso carnal sobre un menor de edad o sobre una persona privada de sentido o con un trastorno mental, ya no implican necesariamente la forma más grave, la agresión sexual (antes violación), sino que la calificación como agresión o como abuso dependerá de que el medio empleado lleve consigo violencia o intimidación o no la lleve.

Ahora bien, como trataremos de poner de manifiesto a lo largo de esta exposición, esa sistemática lleva en algún caso (en los abusos sexuales, por ejemplo) a construir unos tipos con un contenido escaso, y difícil de imaginar en la práctica (“tipos de recogida”, los denomina algún autor).

En cuanto al abandono de las categorías tradicionales de violación o estupro, responden a esta misma preocupación sistemática, pero no puede olvidarse, tampoco, que desde el punto de vista victimológico se habían denunciado los procesos de victimización que llevaba consigo el término “mujer violada”, y en ese sentido, aunque el cambio exija una redefinición jurisprudencial de conceptos, produce una impresión favorable.

Haremos a continuación un recorrido por los diferentes tipos penales, destacando aquellos puntos que a nuestro modo de ver tienen mayor interés.

1. LAS AGRESIONES SEXUALES

Esta conducta aparece regulada en los arts. 178, 179 y 180 del Código, girando todos ellos alrededor del concepto de *agresión sexual*, que debe ser entendido, en palabras de la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, como todo ataque a la libertad sexual de otro imponiéndole con violencia o astucia actos o comportamientos en las condiciones típicas.

a) El tipo básico

En el art. 178, se sanciona al que *atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación*.

4. ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas”. *La Ley*. nº 4044. Pág. 4.

También en ese sentido: OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal* nº 32.

El delito, que toma algunos elementos del antiguo art. 430 del C.P. derogado (antiguo delito de abusos deshonestos), es más amplio que aquél, puesto que la acción en la que se basa no es ya la agresión sexual, que implicaba un contacto corporal entre sujeto activo y pasivo, sino que incluiría una variada dinámica comisiva, siempre que atente a la libertad sexual de otro, y se realice con violencia o intimidación. Así, quedarían aquí incluidas conductas como el obligar a otro a realizar contactos sexuales sobre sí mismo, que con la definición anterior de “agresión” quedaban fuera del precepto del art. 430.

Ahora bien, precisamente la amplitud de la expresión “*atentado contra la libertad sexual*”, merece cierta crítica porque supone la indeterminación de la conducta que se pretende castigar. En este sentido, algunos autores se han planteado si cabría inculpar por este art. 178 el mero impedimento al ejercicio de la libertad sexual entre terceras personas adultas (efectuado, eso sí, con violencia o intimidación) o la conducta del padre que, al sorprender a su hijo mayor de edad masturbándose en el baño, le obliga intimidatoriamente a abandonar su actividad. De inmediato se contesta (López Garrido, García Arán, Fermín Morales...) que esto supondría una interpretación excesivamente ampliadora del tipo penal, y que debe descartarse por argumentos teleológicos y sistemáticos extraídos del conjunto del articulado del capítulo. Por todo ello, se dice⁵, la definición sigue reclamando la verificación material de una “conducta sexual”, entendiéndose por tal aquella que sirve para satisfacer o en su caso excitar un ánimo libidinoso o lúbrico.

La cuestión quedaría resuelta así desde el punto de vista teórico, y desde luego parece que el propio sentido común (que debería servir también de pauta interpretativa de las normas penales) reclama una solución de este tipo, puesto que la mera lectura de los ejemplos que hemos puesto lleva a pensar que sería excesiva la sanción de tales conductas como delitos contra la libertad sexual (si acaso, en el primero de los supuestos, podríamos encontrarnos ante un delito de coacciones dependiendo de las circunstancias del hecho y su gravedad). El problema es que, en la práctica, una indeterminación de la conducta como la que lleva consigo el art. 178 puede dar lugar al inicio de procedimientos penales por una variadísima dinámica comisiva, lo que supone poner en peligro el principio de intervención mínima que debe regir las normas penales, y exigirá en todo caso una labor delimitadora por parte de la Jurisprudencia.

Sujeto activo y pasivo del tipo básico de agresiones sexuales puede serlo cualquiera, mujer u hombre, en consonancia con la idea central de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, y la conducta, cualquier atentado contra ella. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia a través de numerosas sentencias (entre las más recientes, la de 23 de septiembre de 1992, o la de 29 de marzo de 1994) se han ocupado de precisar que es irrelevante la mayor o menor honestidad, promiscuidad, o la costumbre sexual de la víctima, cuestión que se planteó en relación a las agresiones sexuales o violación de prostitutas.

El elemento definidor de este tipo penal del art. 178, y lo que lo distingue del de abuso sexual previsto en el art. 180, es la *violencia o intimidación*. Debe des-

5. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 876.

tacarse que el Código ha sustituido el concepto de “fuerza” que empleaba en el antiguo art. 429 por este de “violencia”, de tal forma que deberá entenderse que se trata de una *vis física* ejercida sobre el cuerpo de la víctima.

Se dice, por otra parte, que el concepto de fuerza iba necesariamente unido al de resistencia de la víctima (en tanto en cuanto se fuerza cuando es preciso vencer una resistencia), y que ahora, con el término *violencia*, bastará con acreditar que se produjo una violencia idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo⁶. Entiendo, no obstante, que siempre deberá partirse de la falta de consentimiento en el sujeto pasivo, y que con ello, y en la práctica procesal, seguirá planteándose la cuestión de la resistencia como acreditativa de esa falta de consentimiento.

En todo caso, cabe recordar que la Jurisprudencia ha evolucionado notablemente en este punto, y así puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1995, en la que se refiere a tal cambio jurisprudencial: “lo verdaderamente importante en la violación, desde el punto de vista jurídico, es saber de la intencionalidad decidida del violador, es saber de los medios empleados en su ataque físico o moral. Porque en cuanto a la resistencia que el sujeto pasivo por su parte ofrece, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía fuera ésta trascendente, casi heroica, estimándose suficiente una resistencia seria, más tarde definida como razonable, cuando no incluso se llega a prescindir por completo de las características de una actitud defensiva que, sin otra eficacia jurídica, sólo puede hacer peligrar incluso la vida misma”.

En cuanto a la *intimidación*, supone el empleo de cualquier forma de *vis psíquica* que lleva al sujeto pasivo a ceder a los propósitos del agente, “ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva” (Sentencia T.S. de 25 de marzo de 1994).

b) El tipo cualificado por el acceso carnal o conducta asimilada

El *art. 179* sanciona con una pena de seis a doce años cuando la agresión sexual *consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*.

Este precepto contiene parte de las tradicionales conductas constitutivas de violación del antiguo art. 429, así como de las conductas de agresión sexual agravadas por la introducción de objetos del art. 430.

El delito de violación, ya desde la reforma de 1989, se refería al acceso carnal de otra persona, por vía vaginal, anal o bucal, y se entendía por la mayor parte de la doctrina que el término *acceso* implicaba la presencia del órgano sexual masculino, aunque no necesariamente dicho órgano fuera aportado por el sujeto activo del delito, admitiéndose así que *sujeto activo del delito* pudiera ser tanto el hombre

6. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 878.

como la mujer (se pensaba en supuestos en los que una mujer obligara a un menor o a un enajenado al coito vaginal o anal)⁷.

El actual texto del art. 179, que distingue entre acceso carnal, introducción de objetos y penetración bucal o anal, ha llevado a algún autor⁸ a sostener que el Nuevo Código ha excluido a la mujer como eventual sujeto activo del delito cualificado, con la única excepción de la modalidad consistente en la introducción de objetos. La explicación es la siguiente: cuando el texto legal diferencia entre acceso carnal y penetración bucal o anal, y especialmente cuando utiliza la expresión penetración está pensando en exclusiva en el varón, puesto que es preciso la aptitud fisiológica para “penetrar”. Y si en estos supuestos se está pensando exclusivamente en el sujeto activo-hombre, dicen estos autores, no tendría sentido no sostener esa restricción para el acceso carnal.

Por nuestra parte, sin embargo, no terminamos de entender esta restricción, y por el contrario la utilización del término “acceso carnal”, y no “penetración vaginal”, nos hace pensar en una amplitud en la interpretación de la conducta incriminada, y de los sujetos activos, en consecuencia, y no vemos motivo para cuestionar la doctrina a que había dado lugar en este punto el delito de violación. No nos parece válido el argumento de que, desde un punto de vista práctico, sean mucho menos frecuentes las conductas de acceso carnal en las que el sujeto activo sea una mujer, y no parece razonable que cuando esas conductas se produzcan, por infrecuentes que sean, se sancionen por el tipo básico de agresión sexual, con una penalidad notablemente inferior.

En cuanto a las *conductas* previstas en el tipo cualificado, éste se refiere en primer lugar al *acceso carnal*, debiendo entenderse el mismo como coito vaginal heterosexual. La cuestión se ha centrado jurisprudencialmente en determinar cuál es el grado de contacto o de unión que ha de producirse entre los órganos femenino y masculino para entender consumada la conducta típica. Por una parte, se ha sostenido, que basta con la *coniunctio membrorum*, lo que supone el contacto directo entre el órgano genital masculino y la vagina, mientras que en otras sentencias se ha exigido un mínimo de penetración en la vagina de la mujer.

Valga citar, por todas ellas, la Sentencia de 15 de junio de 1995, que resume las tesis más actuales del Alto Tribunal: “dentro de un contexto todavía en cierto modo discrepante se considera consumada la violación en los supuestos del denominado coito vestibular que afecta sólo a los órganos genitales externos, lo que quiere significar que cualquier penetración en el interior de la cavidad genital femenina constituye el delito que se examina, en tanto que los labios majus y minus forman con la vagina una unidad.” En el mismo sentido la Sentencia de 20 de junio de 1995: “... aunque no traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen, ya aten-

7. Así lo indica MUÑOZ CONDE en su *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª Edición. Pág. 419. No así BAJO FERNÁNDEZ en *Derecho Penal. Parte Especial*. 1995, pág. 203, que aboga por la creación de otro precepto, distinto a la violación, de gravedad equivalente, cuando el sujeto pasivo es el hombre.

8. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 879.

ta con plenitud de efectos contra la libertad sexual de la mujer ... y en cualquier caso lesiona o agravia su intangibilidad sexual y su intimidad”.

Por lo que se refiere a las otras conductas previstas en el tipo cualificado, en cuanto a la *penetración bucal o anal*, ya se ha dicho que exigen la aptitud fisiológica del sujeto activo para realizar la conducta, lo que supone que el sujeto será siempre un hombre. De este modo, conductas como el cunnilingus, practicado por hombre o por mujer, o la fellatio, cuando el sujeto activo es la mujer, quedan fuera del tipo cualificado, y se sancionan por el tipo básico de agresión sexual. Si comparamos las conductas que acabamos de señalar con las previstas de penetración bucal, por ejemplo, no se comprende la razón que justifica una diferencia en la pena de esa naturaleza (piénsese que el tipo básico dispone una pena de uno a cuatro años y el cualificado de seis a doce años).

Por último, en cuanto a la *introducción de objetos*, habrá que entender, dada la amplitud terminológica del vocablo, la introducción por las vías vaginal, anal o bucal, de cualquier cosa u objeto distinto del pene que suponga una atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo (hombre o mujer), aunque normalmente será de objetos destinados específicamente a la excitación sexual, o susceptibles de sustituir de alguna forma al miembro sexual del varón⁹.

Dentro de estas conductas plantea algún problema interpretativo la introducción de objetos por vía bucal, puesto que mientras algunos autores (Orts) mantienen que la introducción por cualquiera de las vías citadas configura la conducta típica, siempre que vaya acompañada de un ánimo lúbrico o libidinoso, otros autores (Morales Prats) sostienen que es preciso que la introducción instrumental venga acompañada de conductas que objetivamente incorporen una dimensión de atentado sexual al acto.

Se pone como ejemplo por estos últimos autores, el supuesto en que la víctima es obligada a masturbarse mientras realiza la succión de un objeto, supuesto en el que la conducta configuraría el tipo cualificado. Como ejemplo contrario se señala el caso de la introducción del revólver o el arma blanca en la boca, con fines exclusivamente intimidatorios, aunque en el contexto de una agresión sexual, y se sostiene que este caso no configura el tipo cualificado del art. 179.

c) Las figuras agravadas del art. 180

Este precepto contiene una serie de circunstancias de agravación que se aplican tanto sobre el tipo básico del art. 178, como sobre el tipo cualificado del art. 179, determinando que se sancionen con la pena de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179. Las circunstancias son las siguientes:

– *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*. Lo primero que debe aclararse es que el

9. BAJO FERNÁNDEZ. *Op. Cit.* Pág. 221.

carácter degradante o vejatorio se refiere al medio violento o intimidatorio que configura la agresión sexual, no a la propia agresión sexual, que en sí misma tiene siempre carácter degradante y humillante para la víctima. Precisamente por eso, es difícil imaginar el contenido de esta agravación; será labor de la Jurisprudencia dar contenido concreto a este “carácter particularmente degradante” de la violencia ejercida, que se presenta en principio como poco definido. Puede ilustrar aquí la opinión de Bajo Fernández, que refiriéndose al segundo párrafo del antiguo art. 430 (medios, modos o instrumentos brutales, degradantes, o vejatorios), consideraba que el legislador pretendía cualificar determinadas prácticas sadomasoquistas que pueden añadir un mayor desvalor al delito.

– *Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.* Antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal se había entendido jurisprudencialmente que en caso de pluralidad de partícipes cada uno debía ser sancionado como autor de su propia agresión sexual y como copartícipe de las agresiones de los otros. Por el contrario, a raíz del nuevo texto, y por la existencia de esta circunstancia de agravación, puede entenderse que, en beneficio del reo, se sancionará a cada uno de los partícipes como autor de un solo delito de agresión cualificado por esta circunstancia.

Sin embargo, esta interpretación plantea una situación poco coherente en la práctica, que la hace rechazable: en el supuesto de dos sujetos activos (no de tres como dice esta circunstancia) se aplicará la doctrina citada arriba, es decir cada uno responderá de su agresión como autor y de la otra como partícipe, mientras que si los sujetos activos son tres, cada uno responde sólo como autor de un delito agravado por este art. 180, 3º. Evidentemente esto no es admisible desde el punto de vista del principio de igualdad.

– *Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.* Sanciona esta circunstancia los supuestos en que la víctima tenga una importante disminución de las posibilidades de defensa frente a su agresor (vulnerabilidad). Debe decirse, en primer lugar, que es preciso que el sujeto activo conozca esta circunstancia de especial vulnerabilidad y se aproveche de ella.

Y en segundo lugar, debe destacarse la gran indefinición que de nuevo encontramos en este precepto. Piénsese que el Código no señala límites para la edad del sujeto pasivo, ni en el caso de la menor edad, ni en el de la vejez, lo que obligará a cada Juez a explicar adecuadamente en la sentencia por qué ha entendido que ello provoca una especial vulnerabilidad de la víctima. Lo mismo ocurre con la enfermedad física o psíquica, que exigirá que produzca esa especial disminución en la defensa del agredido; y ocurre más aún en el supuesto de vulnerabilidad “por razón de situación”, expresión absolutamente indeterminada que esperamos reciba pronto un contenido concreto por parte de la Jurisprudencia.

Ni que decir tiene que a nuestro entender no es adecuada esta amplitud e indefinición en una causa de agravación (que por principio debería tener una interpretación restrictiva), y creemos que dará lugar a resoluciones “variadas” en los Juzgados y Tribunales.

– Cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima. La idea que subyace en esta agravación es la de prevalimiento, entendiéndose que con la convivencia familiar se crean vínculos que pueden producir alteraciones en la libertad de la víctima. Pero, siendo ésta la finalidad razonable del precepto, no es muy compatible con la conducta violenta o intimidatoria que exige el tipo.

Por otra parte, llama la atención la amplitud de la regulación, puesto que el Código se refiere a todo un extenso catálogo de parientes (llegando a incluir a los parientes por afinidad), con los que puede no existir relación de convivencia, o incluso relación alguna. Por eso, pensamos que el Código sanciona aquí el propio dato del parentesco, y esto ha llevado a sostener que el legislador no ha podido desprenderse de prejuicios de tipo ético moral, y que se ha creado un tipo agravado sobre la base de una mayor culpabilidad del autor y no por una mayor culpabilidad del hecho¹⁰.

Pero es que, además, no puede comprenderse la razón por la que esta circunstancia del art. 180, 4º contiene una relación de parientes más amplia que la prevista en el art. 182. El primer precepto se está refiriendo al supuesto de que un pariente de los señalados en él realice una conducta de agresión sexual, es decir, con violencia o intimidación; el segundo artículo, sin embargo, se desarrolla en el ámbito de los abusos sexuales, es decir, donde no existe violencia o intimidación, pero tampoco consentimiento, y donde por lógica la idea de prevalimiento respecto a los parientes tiene mucho más sentido. El Código decide limitar, sin embargo, en este segundo caso el catálogo de parientes, excluyendo a los afines, sin que pueda entenderse la razón de esta diferencia.

– Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150. Se pretende con esta circunstancia sancionar más gravemente el uso de medios que produzcan un plus de peligro en la conducta de agresión sexual. No es preciso que se ponga en concreto peligro la vida o la integridad física, sino que se usen medios susceptibles de producir esos resultados, que en concreto son: la muerte, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una enfermedad somática o psíquica (art. 149), o la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o su deformidad (art. 150).

Desde un punto de vista jurídico, plantea problemas difíciles de resolver el supuesto en que además de ese peligro se haya producido el resultado concreto de muerte o lesiones, puesto que se discute si puede valorarse el uso de tales medios para agravar el delito de agresión sexual y también para calificar adecuadamente el delito contra la vida o de lesiones correspondiente, lo que supondría valorar la circunstancia dos veces (vulnerando el principio *non bis in idem*). También en este punto debemos esperar un pronunciamiento jurisprudencial que aclare la situación.

10. MORALES PRATS, GARCÍA ALBERO. *Op. Cit.* Pág. 887.

El último párrafo del art. 180 establece una *cláusula de superagravación* cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas, de tal forma que en ese caso se impondrá la pena en su mitad superior. Sólo diremos que resulta criticable que con ello, en el supuesto de agresiones del art. 179 la pena pueda ir de trece a quince años, con lo que se supera en el límite mínimo la pena prevista en el delito de homicidio¹¹.

2. LOS ABUSOS SEXUALES

Estas conductas están previstas en los arts. 181, 182 y 183 del Código. El esquema previsto es similar al de las agresiones sexuales, en el sentido de que regula un tipo básico, en el que se define la conducta (que se caracteriza por la ausencia de violencia o intimidación y falta de consentimiento), y una serie de tipos específicos definidos por la conducta realizada, las características de los sujetos pasivos, o la concurrencia de ciertas circunstancias. Como decíamos arriba, el Código se presenta, así, ordenado en cuanto a su nueva estructura, de tal forma que se mantiene un esquema similar en los dos grandes grupos de delitos sexuales, pero ya veremos, también, que este mismo orden provoca no pocas críticas.

a) El tipo básico

Regula el art. 181, 1º la conducta del que, *sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona*. Dado que a continuación, en el párrafo segundo, el legislador señala dos supuestos en los que debe entenderse no consentido el acto sexual por ministerio de la ley (el caso de los menores de doce años o las personas privadas de sentido), y les da una pena distinta, y el caso de abuso sexual por engaño está expresamente previsto en el art. 183, el *contenido* de este tipo básico debe producirse por exclusión.

Y lo cierto es que resulta difícil pensar en conductas que respondan a este patrón. Se nos ocurre únicamente el supuesto en que la víctima recibe algún tocamiento en zona genital, mediando ánimo libidinoso, *por sorpresa*, aprovechando por ejemplo la concurrencia de un gran número de personas en algún lugar público. Se nos plantea la duda de si este tipo de conductas merecen un reproche penal como el que corresponde a un delito, y si no serían de mejor encaje en el ámbito de las faltas.

También se nos plantea si la levedad que en ocasiones puede presentar este tipo de situaciones merece la puesta en marcha del mecanismo judicial, y también cómo no, del rosario de incomodidades que ello va a generar para la víctima. Por eso, el exceso de orden en esta regulación (y la creación por ello de estos tipos básicos) no parece del todo acertado.

11. OCTAVIO DE TOLEDO, en el artículo "Agresión, abuso, ..." *Actualidad Penal*. nº 32. Tanto desde el punto de vista de política penal, como desde una perspectiva de política criminal, no le parece sustentable esta posibilidad.

A continuación se refiere el Código a los abusos sexuales que ex lege se consideran no consentidos, que son los que se ejecuten:

– *sobre menores de doce años*. Se introduce aquí una presunción legal de falta de consentimiento, con independencia de la actitud del menor, es decir, incluso aunque haya provocado el contacto sexual. De acuerdo con la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo, el cómputo de la edad es biológico, sin que tenga relevancia alguna la mayor o menor madurez de la víctima (Sentencia de 7 de febrero de 1992, entre otras).

– *sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental*. Según la Sentencia de 20 de diciembre de 1985, los supuestos de privación de sentido se refieren a la mujer que se encuentra en estado de inconsciencia, comprendiendo no sólo la desmayada, sino también la hipnotizada, anestesiada, narcotizada, sometida a efectos despersonalizadores por estupefacientes o embriagada. También consideramos, por nuestra parte, que sería aplicable al supuesto de la mujer dormida, aunque el T. S. en una sentencia de 15 de julio de 1986, lo rechazaba para el delito de violación, pero entendemos que sería aplicable en éste de abuso sexual en la conducta básica. También conviene destacar que la Sentencia de 22 de noviembre de 1992 señala que no es preciso que sea el sujeto activo del delito el que haya provocado la situación de ausencia de sentido, bastando con que se aproveche de ella.

En cuanto *al abuso del trastorno mental*, se refiere a la situación en la que se produce un aprovechamiento del trastorno psíquico que padece la víctima, por el cual no es capaz de comprender la trascendencia y significado del hecho. La Jurisprudencia se ha ocupado de precisar en este punto que no basta con el conocimiento de que exista una situación de trastorno mental, sino que es preciso “abusar” de esa situación (así, la Sentencia de 24 de febrero de 1994, entre otras).

Desde otra perspectiva, la Sentencia de 10 de diciembre de 1992 pone de relieve la cuestión problemática de la *capacidad de autodeterminación de las personas enajenadas* en el ámbito de la sexualidad, señalando que “el legislador quiere buscar un equilibrio entre dos situaciones extremas igualmente rechazables: que un enajenado jamás pueda tener relaciones sexuales con personas que gocen de una normal imputabilidad ya que al hacerlo se cometería un delito, por una parte, y, por otra, que cualquier persona puede impunemente aprovecharse de esta situación de anormalidad psíquica con olvido de la protección que tales personas merecen precisamente para garantizar que su limitada esfera de libertad se pueda ejercer con profundo respeto a su personalidad dentro de su propia patología”. Como consecuencia de esta doctrina los tribunales vienen estableciendo en cada caso, como no puede ser de otra manera, si el trastorno psíquico que padece la víctima le impide prestar un consentimiento consciente y voluntario, lo que excluye la comisión del delito.

b) El abuso sexual con prevalimiento

El art. 181, 3º del C.P. se refiere a los supuestos en que el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Este tipo penal recoge las conductas a las que el viejo Código se refería, como estupro de prevalimiento, en el art. 434. Consiste básicamente en obtener un favor sexual por medio de un consentimiento viciado, es decir, determinado por una situación de superioridad. Las circunstancias que produzcan esa superioridad pueden ser variadas, bien de tipo familiar o de convivencia (S.T.S. de 8-3-93), de dependencia económica (S. de 8-2-93), o de importante diferencia de edad entre el sujeto activo y la víctima (S. de 24-1-90).

Aunque se ha citado jurisprudencia relativamente reciente, debe hacerse notar que toda ella se refería a la anterior redacción del Código en el estupro de prevalimiento que daba una redacción amplia al requisito de la superioridad, pero en la actualidad el texto penal exige que esta situación de superioridad sea “manifiesta”, con lo que asistiremos probablemente a una delimitación de las conductas que deben entenderse incluidas en el tipo.

La crítica más clara que se puede hacer a este precepto es la *consideración privilegiada* que se ha dado a esta conducta de abuso de superioridad frente al resto de las conductas previstas en el art. 181. Ya hemos señalado que en este precepto se regulan los supuestos de atentados contra la libertad sexual sin violencia ni intimidación, pero sin consentimiento, de tal manera que a la conducta básica, aquella que se reservaba a los casos de abuso sexual “por sorpresa” se le impone una pena de *doce a veinticuatro meses* de multa. Lo sorprendente es que el Código regule en el párrafo tercero los casos de abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad y que les atribuya una pena menor: de *seis a doce meses* multa. Sin duda, esta última conducta merecería un mayor reproche penal que aquella otra conducta efectuada por sorpresa, y por ello no se entiende este tratamiento privilegiado.

Y se entiende menos aún si observamos el tratamiento que hace el Código del abuso de superioridad, por una parte, y del abuso fraudulento o con engaño (art. 183) por otra. Estas dos modalidades pueden producirse tanto en las conductas menos graves de atentado a la libertad sexual, como en las de acceso carnal, introducción de objetos ... Pues bien, en el primer caso, es decir, en las conductas menos graves, el Código sanciona con mayor pena el supuesto de abuso fraudulento (art. 183). Por el contrario, en las conductas más graves de acceso carnal, sanciona con mayor pena el supuesto de abuso de superioridad (art. 182). Se desconoce la razón de esta diferencia.

c) El tipo cualificado por el acceso carnal o conducta asimilada

Se regulan aquí las conductas de abuso sexual, ya definidas en el tipo básico (sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento), pero cualificadas por el tipo de acción sexual verificada, es decir, porque ésta consista en *acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal*. Valgan aquí todas las consideraciones que se han hecho arriba sobre este tipo de acciones sexuales.

Vuelve a plantearse ahora la cuestión del *contenido residual* de este tipo penal, tipo que viene creado de nuevo por esa nueva estructura, o ese nuevo orden, que introduce el Código en los delitos sexuales. Ya hemos visto que era difícil pensar en atentados contra la libertad sexual no consentidos pero en los que no hubiera vio-

lencia o intimidación, habiéndolos limitado a los casos de ataque por sorpresa. Pues bien, mucho más difícil resulta imaginar esa misma situación cuando la conducta sexual consiste en acceso carnal, introducción de objetos, o penetración bucal o anal.

Habrà que descartar, entiendo, que este tipo de conductas se puedan efectuar por sorpresa, por las propias características de la acción, y así nos encontramos con un contenido realmente limitado. Algùn autor¹² lo considera de aplicación en el caso de la víctima inmovilizada por un impedimento físico (paraplejia, por ejemplo) con la que se hubiera accedido carnalmente sin su consentimiento, pero también sin uso de violencia o intimidación, al ser innecesarios para vencer la nula resistencia de la víctima dada su minusvalía.

Por lo demás, el tipo penal distingue, en cuanto a la pena, aquellos supuestos de *falta de consentimiento*, en los que además de los casos señalados, deberán incluirse los de falta de consentimiento *ope legis* (persona menor de doce años o privada de sentido o abusando de su trastorno mental), de aquellos supuestos de *abuso de superioridad*, a los que habrá que dar el contenido que se ha indicado arriba al tratar el art. 181, 3º.

En el segundo párrafo del art. 182 el Código recoge dos *figuras agravadas*:

- Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción de la víctima.
- Cuando la víctima sea persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación.

Este apartado del art. 182 vuelve a plantearnos varias dudas, la primera es de *carácter sistemático*, porque no se comprende la razón que ha impulsado al legislador a introducir estas agravaciones en el caso de que los abusos sexuales consistan en acceso carnal, o introducción de objetos, y en cambio no ha introducido estas agravaciones cuando se trata de conductas más leves de abuso sexual. Precisamente hemos insistido a lo largo de este artículo que el Código mantiene una sistemática ordenada que incluso le lleva en alguna ocasión a crear tipos algo forzados o residuales, y sin embargo, sin motivo aparente, deja de respetar esa sistemática en estas conductas agravadas, lo que produce sensación de falta de coherencia.

La otra duda que suscita la lectura de las formas agravadas es cómo habrán de aplicarse en la práctica, puesto que reflejan situaciones que pueden considerarse ya previstas. Cuando el texto penal se refiere a la agravación por razón del parentesco, se está refiriendo a conductas propias de lo que la Jurisprudencia ha considerado en muchos casos como configurador del abuso de superioridad, y esta conducta está expresamente prevista en el primer párrafo del art. 182. Es decir, si se produce un abuso sexual consistente en acceso carnal entre un padre y una hija, estamos ante un caso claro de abuso de superioridad, que vendría sancionado con la pena que prevé el art. 182, 1º, pero si tenemos en cuenta el siguiente párrafo, deberemos sancionarlo con la pena en su mitad superior. Esto ha llevado a algunos autores a

12. Así, MORALES PRATS. *Op. Cit.* Pág. 895.

considerar que se mantiene esta agravación específica de parentesco, más allá de la mera relación de superioridad, no por razones de protección del bien jurídico que subyace en todos estos tipos penales, la libertad sexual, sino que se introduce la protección de un “orden moral sexual familiar”¹³.

Otro tanto ocurre, por ejemplo, con el supuesto de persona especialmente vulnerable por razón de la edad, que se ha venido considerando por la Jurisprudencia como un supuesto de abuso de superioridad (y por tanto incluíble en el párrafo primero, con menor pena), y ahora tendrá que aplicarse en cambio esta agravación específica.

Con todo ello sólo queremos poner de manifiesto que se pueden producir situaciones de desorientación en los aplicadores del derecho al encontrarse en la práctica con estos tipos penales, y que va a ser precisa una labor de interpretación que tardará en fijar criterios claros sobre todo ello.

d) Los tipos penales de abuso sexual con engaño

El *art. 183* regula la conducta del que, *interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de doce años y menor de dieciséis*.

Este precepto mantiene básicamente el contenido y la estructura del tipo de estupro fraudulento que recogía el antiguo código en los art. 435 y 436. Tradicionalmente, por la Jurisprudencia venía relacionándose el engaño con la “*falsa promesa de matrimonio*” (así puede verse, por ejemplo, en la Sentencia de 1º de julio de 1992). Sin embargo, este concepto de engaño ha sido criticado de forma generalizada por la doctrina, señalando que esta interpretación restrictiva de la expresión se basa en determinadas concepciones conservadoras del papel de la mujer en las relaciones sexuales.

Se entiende, de este modo, que la antigua jurisprudencia (ya hemos visto que no tan antigua) pretendía forzar indirectamente el matrimonio y hacer de éste la única posibilidad de relaciones heterosexuales lícitas¹⁴. Ya antes de la entrada en vigor del nuevo Código se decía (Muñoz Conde) que el delito de estupro fraudulento había quedado vacío de contenido sociológico, y es por ello que sorprende que se haya mantenido esta regulación.

Dicho de otra manera, si lo que se pretende es la protección del bien jurídico libertad sexual (que en principio subyace en todo el Título VIII) en una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, las conductas podrían reconducirse a través de los casos de abuso de superioridad que como hemos visto están reguladas en los artículos anteriores. Pero lo que parece que se protege aquí, más allá de la libertad sexual, es la *frustración de objetivos*, bien sea por una promesa previa de matrimonio, o por alguna situación engañosa de otro tipo.

13. En este sentido BAJO FERNÁNDEZ en su *Manual ...* Pág. 243 y MUÑOZ CONDE, pág. 439.

14. MUÑOZ CONDE, *Op. Cit.* pág. 440. En el mismo sentido Boix Reig en *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univ. Complutense. 1979. Pág. 22; y también Díez Ripollés en *El Derecho Penal ante el sexo*. Pág. 2, cuando critica la excesiva tendencia moralizadora del Código anterior.

La doctrina, además de ser absoluta y mayoritariamente crítica con el precepto y con el contenido que se le ha dado jurisprudencialmente, ha hecho una labor de ampliación del *concepto de engaño* que debe incluirse en este tipo penal, precisamente para evitar esa identificación con ideas moralizantes, en relación a la promesa de matrimonio. Así, se dice que por engaño habrá que entender cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir el acceso carnal que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción del sujeto pasivo (Muñoz Conde).

Desde otro punto de vista, el *penológico*, debe llamarse la atención sobre el *tratamiento privilegiado* que merecen en el Código estas conductas. En concreto, en el caso de los abusos sexuales leves, la pena a imponer es de multa de doce a veinticuatro meses. Pues bien, si observamos el tipo básico de abuso sexual, en el art. 181, 1º, vemos que la pena es exactamente la misma, lo que no parece que tenga mucho sentido si pensamos que lo que regula el art. 183 que nos ocupa es el abuso sexual con la concurrencia de un elemento más, el engaño, lo que en principio merecería un mayor reproche penal.

Este trato privilegiado aún es más llamativo en el tipo cualificado, es decir cuando el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, puesto que aquí la pena es de *seis meses a tres años*, muy inferior a la prevista para el caso de abuso sexual sin engaño (art. 182, 1º) que consista en estas conductas, que va de *cuatro a diez años*. En este caso el código está considerando mucho menos grave la conducta de abuso sexual con engaño, que aquella que se produce simplemente sin consentimiento.

3. EL DELITO DE ACOSO SEXUAL

Se refiere el art. 184 al que *solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*.

La inclusión de este tipo penal representa una novedad, puesto que no estaba previsto ni en el Anteproyecto ni en el Proyecto de 1994, lo que lleva a sostener a algunos autores que su inclusión en el Congreso de los Diputados se debió más a razones coyunturales y hasta demagógicas, que a verdaderas razones de política legislativa (Octavio de Toledo, Fermín Morales)¹⁵. La conducta, consistente en solicitar favores de naturaleza sexual con el anuncio de causar un mal, guarda una notable similitud con el tipo de amenazas condicionales previsto en el art. 171, 1º del mismo Código Penal, en el que se sancionan las amenazas condicionales de un mal que no constituya delito, razón por la que los autores citados consideraban adecuado que no se creara un tipo específico para estos supuestos de acoso sexual.

15. Existían también opiniones a favor de crear un tipo específico de acoso sexual, como puede verse en *El acoso sexual como delito autónomo*, José Augusto DE VEGA RUIZ. Colex. 1991.

En todo caso, habiendo desoído estas críticas el legislador, lo curioso es que en relación con ese delito de amenazas condicionales, tiene la consideración de un *tipo privilegiado*, es decir, la pena prevista para el acoso sexual, de estructura y significación similar, es notablemente inferior (con lo que se vuelve a poner de manifiesto esa falta de coherencia en las penas, de la que ya hemos hablado).

Los elementos del delito son los siguientes:

– la *solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero*. La conducta se centra en la solicitud de favores sexuales, que habrá de entenderse como solicitud de cualquier conducta sexual, encontrándonos aquí con un concepto indeterminado que provocará problemas de definición. Por otra parte, tampoco concreta la ley de qué modo ha de hacerse esta solicitud, por qué medio, pero en todo caso, deberá tratarse de una solicitud seria e inequívoca (piénsese por un momento en los problemas de prueba que puede plantear este precepto, y también en el riesgo de criminalizar conductas que no van más allá de malentendidos, o meras insinuaciones en una relación de confianza, por ejemplo).

El tipo penal no exige que se haya producido el contacto sexual, es decir, que el sujeto activo haya conseguido su propósito, lo que se sanciona es la *solicitud*. En caso de que se haya producido el contacto sexual estaríamos ante el delito de abuso sexual con prevalimiento, con superioridad, de los arts. 181, 3º y 182, puesto que cuando la víctima accede, por la amenaza sobre sus legítimas expectativas, y ello ocurre en el marco de una relación de superioridad laboral, docente o análoga, es claro que su voluntad se ha visto viciada, condicionada por este abuso de superioridad.

– la *relación de superioridad laboral, docente o análoga con el sujeto activo*. El legislador delimita así dos ámbitos, el laboral y el docente, en los que este tipo de situaciones de acoso se han producido con más frecuencia. No cierra sin embargo el catálogo de situaciones, admitiendo cualquier otro análogo a los anteriores: habrá que entenderse que la *analogía* se referirá a la existencia de una dependencia jerarquizada que haga que la víctima considere como posible el mal con el que se le amenaza.

Desde otro punto de vista, si la solicitud de favores sexuales puede ser para uno mismo o para un tercero, habrá que entender que la relación de superioridad a la que se refiere el precepto puede concurrir tanto en el que efectúa la solicitud como en esa tercera persona para la que actúa. (Puede adivinarse que esta posibilidad de solicitar favores para otro, abre un abanico de situaciones sobre la responsabilidad penal del intermediario, o de esa otra persona en cuyo favor se actúa, dependiendo del conocimiento y participación de cada uno en el delito).

– el *anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación*. El primer comentario que debe hacerse es la amplitud que supone la expresión “*anuncio expreso o tácito*”; la interpretación de lo que deba considerarse un anuncio tácito planteará sin duda problemas en la práctica judicial.

El segundo comentario se plantea en torno a la expresión “*legítimas expectativas*”, esto es, el tipo exige que el mal que se anuncia esté relacionado con las legítimas expectativas de la víctima en el ámbito de la relación laboral, docente, o

análoga. Lógicamente deberá acreditarse de qué expectativas se trata, y acreditarse que sean legítimas. Dicho de otro modo, en aquellos ámbitos de relación donde existen parámetros objetivos, el docente, por ejemplo, resultará clara la determinación de las expectativas (aprobar un examen u obtener un determinado resultado), pero en el ámbito laboral en el que las expectativas de los empleados pueden depender en gran medida de la discrecionalidad de los superiores jerárquicos, el panorama se vuelve menos claro, y fuera de expectativas evidentes como la de mantener el puesto de trabajo, pueden llevar consigo una fuerte dosis de subjetividad (piénsese en el caso de que la expectativa resulte del todo infundada por carecer el sujeto de las mínimas condiciones de mérito o capacidad para optar a tal puesto).

4. LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

Este Capítulo IV del Título dedicado a los delitos contra la libertad sexual, mantiene básicamente la estructura y características de la reforma operada por Ley Orgánica de 9 de junio de 1988, en la que se habían reformado los antiguos tipos de escándalo público, que mantenían un concepto de defensa de la moral sexual o moral pública (empleando conceptos como el pudor, las buenas costumbres) que se consideraba inadmisibles por la mayor parte de la doctrina¹⁶.

A raíz de la reforma de 1988, y desde luego con la regulación del nuevo Código, es claro que el *bien jurídico protegido* en estos tipos penales es, como en el resto del Título, *la libertad sexual*. En este sentido recordaba Díez Ripollés ya en 1982 que “el Derecho Penal ha de limitarse a la protección de los presupuestos esenciales para la convivencia y consecuentemente, la conducta sexual es un ámbito en el que la instancia social coactiva sólo interviene sobre aspectos relacionados mayoritariamente con atentados a la libertad”.

Lo que hace punibles estas conductas de exhibición y provocación es, sigue este autor, que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación¹⁷.

Las conductas previstas en el capítulo son las siguientes:

a) El art. 185 sanciona al que *ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces*. Como novedad más destacada que introduce el nuevo Código debe destacarse la supresión de la conducta de exhibicionismo efectuada ante mayores de dieciséis, sin su consentimiento. Por contra amplía el ámbito de sujetos pasivos a los menores de dieciocho años (antes quedaba limitado a los menores de dieciséis). En cuanto a la referencia a los incapaces, habrá que estar a la definición de incapaz prevista en este mismo Código en el art. 25.

16. MUÑOZ CONDE. Op. Cit., pág. 446.

17. Díez Ripollés, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Barcelona. 1982, pág. 144 y 167.

En cuanto al elemento *objetivo del tipo*, se exige bien la realización de actos de exhibición obscena, o bien, el hacer ejecutar a otros estos actos. La conducta es el acto de exhibición obscena, debiendo entenderse que este adjetivo “obsceno” es lo que da connotación sexual a la exhibición. Se trata de conductas de contenido objetivamente lúbrico, como la exhibición de genitales o de prácticas masturbatorias, que habrán de ser cualitativamente graves para que concorra este requisito de la obscenidad¹⁸.

En cuanto al elemento *subjetivo del tipo*, es preciso que exista un ánimo o tendencia lasciva, de tal modo que el sujeto activo trate específicamente de involucrar al sujeto pasivo en una dinámica sexual como espectadores de su exhibición. Por lo tanto no será punible, sin más, la conducta del que practica el nudismo en un lugar público o en una playa, ante menores o incapaces. Tampoco sería punible la conducta de quien, realizando una exhibición obscena ante un mayor de edad asume que ésta puede ser vista por menores o incapaces (es preciso que vaya dirigido a éstos directamente).

b) El art. 186 sanciona al que *por cualquier medio directo, difundiere, vendiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces*. También en este precepto se ha elevado la edad del sujeto pasivo a los dieciocho años, quedando claro, por tanto, que estas conductas efectuadas en relación a los adultos, son impunes. En cuanto a los incapaces, se estará a la definición ya citada del art. 25 del Código.

Las *conductas* que se sancionan (venta, difusión o exhibición) deben ser efectuadas de manera directa, lo que excluye la penalización de conductas como la del dueño del quiosco que exhibe a la vista del público diversas publicaciones de tipo pornográfico. Así se responde al criterio mayoritario de la doctrina en el sentido de exigir la tendencia de involucrar a otro en un contacto sexual.

Díez Ripollés señalaba en 1982 que no será suficiente con la puesta a disposición de la víctima de los escritos pornográficos, materialmente considerados, sino que es preciso algún tipo de explicación, de desvelamiento del contenido sexual, puesto que sólo así se logra ese involucrar a la víctima en el contexto sexual. En un sentido similar se manifiestan otros autores, ya que en la actualidad entienden que el art. 185 exige como *elemento subjetivo del injusto* el ánimo lúbrico o lascivo¹⁹. También por la exigencia de este ánimo de provocación sexual, quedaría fuera del precepto el caso del profesor que en el marco de una clase de educación sexual exhibe determinado material de contenido sexual.

En cuanto al *concepto de material pornográfico*, se entiende que el mismo puede ser cualquier representación de carácter sexual a través de escritos, objetos, medios audiovisuales, de algún modo idóneos para causar un daño en el desarrollo o en la psique de personas inmaduras o incapaces de un cierto control de instintos

18. MORALES PRATS. *Op. Cit.* pág. 904. No obstante algún autor, como MUÑOZ CONDE considera que esa referencia a la obscenidad evoca connotaciones de contrario al pudor o a las buenas costumbres que se habían querido eliminar con la reforma de 1988.

19. DÍEZ RIPOLLÉS. *Exhibicionismo*, ..., pág. 401; y MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 907.

sexuales²⁰. Esta definición se ha basado en la propia configuración del tipo, haciendo referencia, como puede verse, a la posible lesión de los sujetos pasivos que se trata de proteger, pero cuando se ha intentado dar una definición más autónoma, ha resultado una labor más complicada.

Así, algún autor²¹ ha señalado que será material pornográfico cuando el conjunto de la obra esté dominado por un contenido groseramente lúbrico o libidinoso, tendente a excitar o satisfacer instintos sexuales y carentes de valor artístico, literario, científico o pedagógico.

También se exige que la representación sea potencialmente ofensiva por desviarse de los standards dominantes de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. En último término, por lo tanto, se acude a valoraciones de tipo socio cultural, que se mantienen en constante evolución social, y ello introduce un cierto grado de imprecisión en este concepto de pornografía que habrá de ser determinado en cada caso.

Fuera de estas dos conductas expuestas, aunque en estrecha relación con ellas, se ha planteado en los últimos tiempos el problema de la situación legal del *intercambio de pornografía infantil a través de Internet*, puesto que tal conducta no está expresamente prevista en el Código. La cuestión se ha planteado en relación con la detención de dos jóvenes estudiantes de telecomunicaciones que almacenaban y distribuían pornografía a través de tal red informática. El procedimiento judicial ha finalizado con un sobreseimiento y archivo de las actuaciones por haber entendido el magistrado del Juzgado de Instrucción que no estaba acreditado que los detenidos tuvieran el material para venderlo o transmitirlo a jóvenes o incapaces, o que lo hubieran hecho. (La utilización del menor para la elaboración de esas imágenes sí es sancionada en el art. 189 del C.P.).

En efecto, se produce en este punto un *vacío legal* que es de esperar sea subsanado por el legislador en el futuro, en aras a la protección de los menores, y para evitar que sus imágenes sean distribuidas impunemente. Según informaciones periodísticas²², el Ministerio de Justicia prepara un proyecto para penar las conductas de tenencia de pornografía infantil, que incluiría tanto la tenencia para la comercialización o tráfico, como la tenencia para fines personales.

5. LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

Los delitos relativos a la prostitución se encuentran regulados en los artículos 187 a 190 del Nuevo Código Penal, debiendo destacarse que en esta materia se ha llevado a cabo una profunda modificación.

20. MUÑOZ CONDE. *Op. Cit.* Pág. 451.

21. VIVES ANTÓN. *Parte Especial*. Pág. 641, donde recoge la doctrina del Tribunal Supremo Federal Norteamericano.

22. Diario *El Mundo*, viernes 29 de noviembre de 1996. Pág. 30.

Por una parte, se ha producido una *notable simplificación* de los tipos penales, tanto en cuanto al número de preceptos y variedad de conductas incriminadas, como en cuanto a la redacción de tales preceptos. Y por otra parte, se constata el *abandono de cualquier contenido moralizante* (como las referencias al tráfico inmoral o a la corrupción, que se contenían en la anterior regulación, de tal manera, que los nuevos tipos penales responden ya, claramente, a la protección del bien jurídico que subyace en el resto del Título, la libertad sexual).

Precisamente para evitar cualquier contenido moralizante es por lo que se ha suprimido el tipo penal que se refería a la cooperación a la prostitución de un mayor de dieciocho años, sin que hubiera voluntad contraria de quien la ejercía o limitación de su libertad. Como se ve, este tipo penal no podía tener como bien jurídico la libertad sexual, sino en su caso la protección de la moral pública.

Con la nueva regulación, por lo tanto, se sancionan, por una parte, las conductas favorecedoras de la prostitución de menores de edad o incapaces, en las que se protege su libertad sexual en tanto se encuentra en proceso de formación, y por otra parte, se sancionan las conductas que determinan coactivamente a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución.

Por último, diremos que la *prostitución*, concepto común a todos los delitos que se van a analizar, debe definirse como aquella actividad, ejercida con cierta nota de cotidianeidad o habitualidad, consistente en la prestación de servicios de naturaleza sexual verificados a cambio de una prestación de contenido económico²³.

Las conductas reguladas en este capítulo son las siguientes:

a) Prostitución de personas menores de edad o incapaces

El *art. 187* sanciona al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz.

Con este artículo, tiende a protegerse, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1992, “a quienes por su edad se encuentran en un período trascendental de su personalidad... La orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales, y el legislador puede proteger penalmente a quienes no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto”.

El Código trata de incriminar, de una manera amplia, conductas que inciden con mayor o menor intensidad en la formación de un mercado de prostitución de menores. Para ello equipara conductas de diversa naturaleza, que pueden ser propias de una actuación como autor (inducción), o bien como cómplice (facilitación), sin ninguna diferencia entre ellas en la medida de la pena, lo que puede provocar alguna crítica.

Habrá que entender, por último, que las conductas que antes estaban recogidas en el *art. 452, bis, d)*, hoy derogado, no han de entenderse despenalizadas (se

23. MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 908

trataba de la sanción al dueño, gerente, o incluso empleados de los locales donde se llevaban a cabo estas actividades, o de los que alquilaran locales a sabiendas de su actividad), sino que tales conductas podrán reconducirse por este precepto del art. 187, en cuanto faciliten o favorezcan la prostitución de menores.

Diremos, además, que se trata de un delito de mera actividad y por lo tanto, no es preciso que el menor o incapaz llegue a llevar a cabo actos de prostitución, basta con que se induzca, facilite o favorezca a ello.

El segundo párrafo del artículo se refiere a una *modalidad agravada*, que se repite posteriormente en el art. 188, en relación con la prostitución de mayores, y se refiere a que estas conductas sean perpetradas por autoridad, agente o funcionario público con prevalimiento de su condición.

b) Prostitución de mayores de dieciocho años efectuada coactivamente

El art. 188 sanciona al que *determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.*

También aquí se hace una redacción un tanto amplia del precepto, esta vez en cuanto a los medios, puesto que se equipara toda una serie de procedimientos para obtener la finalidad de determinar a otro a prostituirse. Y no hay que olvidar que el propio Código en los artículos anteriores, los que regulan los delitos de agresión y abuso sexual, ha atribuido un diferente reproche penal a los actos efectuados con violencia e intimidación que a los efectuados con prevalimiento o con abuso de superioridad. Sorprende esa equiparación y que no se haya mantenido una cierta sistemática en cuanto a las penas.

En relación a la prostitución de mayores de edad, sí habrá que entender despenalizadas todas esas conductas que antes estaban incluidas en el art. 452 bis d), es decir la de los gerentes, dueños, empleados, arrendadores, etc., de los locales donde se lleve a cabo esa actividad.

El párrafo segundo del artículo 188 introduce, al igual que en el delito inmediatamente anterior, un tipo agravado por la condición de autoridad pública, agente, o funcionario público de sujeto activo, cuando se realice la conducta prevaliéndose de esa condición.

Por último, introduce una *figura agravada* cuando las conductas descritas en el párrafo primero (el determinar coactivamente, o mediante engaño o abuso de superioridad, a otro a ejercer la prostitución o mantenerse en ella) se lleven a cabo sobre *menores de edad o incapaces*. Resulta clara la necesidad de sancionar más gravemente situaciones coactivas sobre este grupo de sujetos pasivos, pero lo que no se comprende muy bien es cómo diferenciar en algunos casos estos supuestos de los previstos en el artículo anterior: en el art. 187 se sanciona a quien induzca a un menor de edad a la prostitución, y aquí puede sancionarse a quien lo haga con abuso de superioridad.

Si precisamente la edad es uno de los supuestos que se han venido entendiendo como de abuso de superioridad, no se entiende cómo se puede justificar esta

doble penalidad (el párrafo segundo sanciona con pena de cuatro a seis años de prisión, frente a la de uno a cuatro del tipo de inducción). Puede que sea preciso que la Jurisprudencia determine en qué límite de edad es posible hablar también de abuso de superioridad y se justifica la aplicación del tipo agravado.

c) La utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos

El *art. 189* sanciona al que utilizare a un menor de edad o incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

Sistemáticamente puede parecer más correcto haber incluido este precepto en el capítulo dedicado a los delitos de exhibicionismo y provocación, pero la explicación de incluirlo en este lugar es que este artículo 189 recoge varios preceptos cuya filosofía es regular las obligaciones de los adultos, respecto a los menores o incapaces.

En este primer párrafo se incluye una doble actividad: el utilizar a un menor o incapaz en espectáculos exhibicionistas, lo que implica *publicidad* en el marco en el que se desarrolla, y el utilizar al menor o incapaz con fines exhibicionistas o pornográficos, lo que excluye tal publicidad del marco (aquí se incluirán conductas como la de fotografiar o sacar película a los menores para su comercialización o distribución posterior en redes informáticas, por ejemplo).

Lo que no se especifica es el papel que ha de desempeñar el menor en estas situaciones, lo que lleva a afirmar a algún autor²⁴, que se incluye en el tipo la conducta de hacer presenciar a un menor una escena pornográfica y que ello forme parte del propio marco exhibicionista o pornográfico, sin que llegue a efectuar por sí mismo ninguna conducta de contenido sexual. Por nuestra parte, no nos parece tan claro que esta postura pueda sostenerse, especialmente cuando es sin publicidad, puesto que quizá tuviera mejor encaje en el precepto que se refiere a ejecutar actos de exhibición obscena ante menores, previsto en el *art. 185* (para el que el legislador, por cierto, ha previsto una pena de multa, frente a la de prisión que lleva consigo este artículo que estamos comentando).

d) El delito de omisión del deber de impedir la prostitución de menores o incapaces

El *segundo párrafo del art. 189* regula la conducta del que tuviere bajo su potestad, guarda, tutela o acogimiento a un menor o incapaz y, con noticia de la prostitución de éste, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acudiere a la autoridad para el mismo fin.

El precepto se fundamenta en los deberes que competen a los sujetos activos que señala el artículo en relación con la labor de protección de los menores que tiene bajo su responsabilidad (por patria potestad, tutela, guarda o acogimiento). Como

24. MORALES PRATS, *op. cit.* pág. 908.

requisito objetivo del tipo penal, además de la existencia de tales obligaciones, se exige que el sujeto activo tenga noticia de que el menor se está dedicando a actos de prostitución. El delito se consume por la mera *omisión de su deber jurídico de actuar*, o de avisar a la autoridad. Ahora bien, si además de esta omisión existe inducción, facilitación o favorecimiento, estaremos en el ámbito del tipo penal previsto en el art. 187, 1º, sancionado con una pena muy superior.

En relación directa con este precepto, que se ocupa de las conductas de omisión de las personas en las que concurren deberes de protección respecto a los menores, recuerda el Código en el párrafo tercero la facultad del Ministerio Fiscal de interesar la privación de los referidos deberes de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar a las personas que hayan incurrido en la conducta omisiva descrita.

6. DISPOSICIONES COMUNES A LOS CAPITULOS ANTERIORES

a) Condiciones de perseguibilidad

Dispone el art. 191 que para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abuso sexual es preciso denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal.

En cuanto a *la denuncia* de la persona agraviada, el fundamento de este requisito de procedibilidad es considerar que siendo de carácter personalísimo el bien jurídico vulnerado (su libertad sexual), corresponde a la víctima decidir si quiere perseguir el delito, todo ello teniendo en cuenta el proceso de victimización que se produce para las víctimas durante el proceso judicial.

“Pasó casi año y medio desde que me violaron hasta que se celebró el juicio; los trámites judiciales alargan el sufrimiento. Yo deseaba con toda mi alma que pasara todo rápidamente para empezar a olvidar...” (fragmento del libro “La violación. Hablan las mujeres.”)²⁵.

Teniendo en cuenta esta situación de la víctima dentro del proceso, es por lo que se han configurado estos delitos como *semiprivados*. Pero el Nuevo Código Penal introduce la novedad de que también el Ministerio Fiscal puede poner en marcha el procedimiento por medio de querrela (distinción, frente a la denuncia, más formal que real), ahora bien, el representante del Ministerio Público deberá valorar “los intereses legítimos en presencia”. Esto debe entenderse en el sentido de que deberá valorar por una parte el respeto a la voluntad de la víctima y a su derecho a la intimidad, y “a olvidar”, y por otro lado, el interés general, es decir, las demás circunstancias del delito o del delincuente que le otorguen una especial gravedad al hecho (por ejemplo, el supuesto de que el autor sea reincidente, en cuyo caso actuaría en evitación de que se produzcan futuras víctimas).

25. DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Barcelona 1987. Pág. 176.

Por último, respecto a este requisito de procedibilidad de la denuncia de la persona agraviada, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo, expuesta entre otras en la Sentencia de 25 de octubre de 1994, según la cual se trata de un *requisito subsanable*, de tal modo que cuando la perjudicada comparece en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando a la investigación judicial, y no haciendo reparos al ofrecimiento de acciones que se le hace en la causa, estamos ante una denuncia tácita, que subsanaría la ausencia de denuncia inicial.

b) El perdón del ofendido

Según dispone el segundo párrafo del art. 191 del C.P. en estos delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, el perdón del ofendido o de su representante legal *no extingue la acción penal*. Con esta afirmación se sigue la línea ya iniciada por la Reforma de 1989, y responde a la filosofía de evitar situaciones de chantaje o de extorsión sobre la víctima o sus familiares durante el proceso²⁶.

c) Agravación para los que tengan a cargo al menor o incapaz

El art. 192 establece que cuando cualquier persona encargada de hecho o de derecho de un menor comete alguno de los delitos comprendidos en este Título, como autor o como cómplice, serán castigados con la pena que les corresponda en su mitad superior. En realidad este precepto reproduce el previsto en el art. 445 anterior a la reforma, con la diferencia de que ahora se distingue a efectos de pena, entre autor y cómplice, lo que antes no ocurría (siendo como son, participaciones que merecen distinto reproche penal).

El fundamento del precepto no es otro que el mayor desvalor, el mayor reproche que merece la conducta de quien comete estos delitos cuando le corresponden labores de protección o cuidado de los menores a quien hace víctima de sus actos.

El artículo prevé como pena accesoria la inhabilitación especial para el desempeño de los cargos o profesiones que lleven consigo labores de protección del menor o incapaz.

d) Pronunciamiento sobre responsabilidad civil y sobre filiación y alimentos

El precepto recuerda que este tipo de delitos llevan aparejados pronunciamientos sobre los perjuicios causados a las víctimas, cuyo contenido será más de naturaleza moral que físico en muchas ocasiones. Y también señala que se harán los pronunciamientos sobre filiación y alimentos, lo que se fundamenta en la búsqueda de celeridad procesal y la evitación de acudir al correspondiente procedimiento civil.

26. En este sentido entre otros CARMONA SALGADO, en *Los delitos de abusos deshonestos*. Ed. Bosch. Barcelona. 1981. También BAJO FERNÁNDEZ. Pág. 271.

e) Clausura temporal o definitiva de establecimientos

El precepto se refiere a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y prostitución, y admite la doble posibilidad de clausurar el establecimiento de forma temporal o definitiva. En este último caso, puede adoptarse esta medida de forma cautelar, es decir, durante el proceso penal, sin que haya recaído sentencia. La clausura temporal tiene, en todo caso, una duración máxima de cinco años.

REFLEXIÓN FINAL

Con las páginas que anteceden hemos pretendido hacer un recorrido lo más completo y claro posible, de lo que aporta el Nuevo Código Penal a la regulación de los delitos contra la libertad sexual. Ha sido un recorrido eminentemente jurídico, de examen de los tipos penales, pero ahora nos queremos plantear la cuestión desde una perspectiva distinta, más global.

En varios momentos de este artículo se han recogido críticas de autores, o se han plasmado otras de propia cosecha, sobre la conveniencia de incluir en el Código determinadas conductas, o incluso el peligro de construir tipos excesivamente abiertos que planteen problemas de indefinición en la práctica.

El Derecho Penal sexual trata de dar respuesta a una realidad eminentemente cambiante, como es la concepción que la sociedad tiene de la propia sexualidad y de cuáles han de ser las conductas que merecen un reproche penal. Y esta evolución es continua, y generalizada en todos los países, dando lugar a nuevas regulaciones en la materia. Parece una constante en la doctrina la aplicación en este ámbito, con mayor intensidad si cabe que en otros, del principio de intervención mínima, lo que viene a suponer que el Derecho penal sexual “debe quedar limitado a aquellos casos extremos que sin duda de ninguna clase merecen ser punidos. Cuando existan dudas sobre si está justificada la punibilidad, deberá prescindirse, en base a la presunción a favor de la libertad, de una intervención legal. En esa situación de indecisión hay que exigir del legislador, por consiguiente, el coraje de la abstención”²⁷.

A pesar de que es una constante en la doctrina la apelación al *principio de mínima intervención*, y a él responden las reformas legales en esta materia, y también la que hoy nos ocupa (intentando reducirse la intervención penal a los ataques a la libertad personal en el ámbito sexual), nos parece interesante resaltar la postura que sostenía Díez Ripollés, en 1981, en su libro “El Derecho Penal ante el sexo”: rechazaba la concepción que algunos autores mantenían del principio de última ratio, o de intervención mínima, en esta materia, la de los que consideraban que la moral sexual social puede ser tutelada y resulta mejor protegida, a través de instancias sociales no coactivas.

Entendía este autor que en el marco del Derecho Penal sexual pluralista no es ésta la referencia concreta que se ha de dar al principio de última ratio. Así, sostenía,

27. KLUG, Ulrich. “Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal sexual” en la obra *Sexualidad y Crimen*. GIMBERNAT ORDEIG. Ed. Reus. Madrid 1989, pág. 38.

que en un Derecho Penal sexual en el que se aspira a penar los ataques más graves a la libertad personal sexual, el principio de última ratio ha de ir referido a la posible existencia de *medios extrapenales* con los que se consiga evitar tales graves atentados a la libertad²⁸.

Es decir, que no se trata de que las instancias estatales no intervengan, o intervengan lo menos posible, sino de que consigan promover un ambiente social de amplia tolerancia, en el que las posibilidades de autorrealización personal en las diversas esferas vitales, y también en la sexual, sean numerosas.

En ese contexto, de mayor libertad de todos los ciudadanos, de mayor tolerancia y formación en el terreno sexual, el comportamiento contrario a la voluntad de otra persona, estará cada vez menos justificado, y se dará con menos frecuencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNANDEZ. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Centro Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.
- CARMONA SALGADO. *Los delitos de abusos deshonestos*. Ed. Bosch. Barcelona. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Barcelona. 1982.
- DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Barcelona 1987.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sexualidad y Crimen*. Ed. Reus. Madrid 1989.
- MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.
- MUÑOZ CONDE. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 10ª Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.
- ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas”. *La Ley*. nº 4044.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal*. nº 32.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. *El acoso sexual como delito autónomo*. Colex. Madrid. 1991.

28. DÍEZ RIPOLLÉS. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. Barcelona 1981. Pág. 260.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

121 - 160

POLICIA JUDICIAL Y DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SENO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

Magistrado

Profesor del Instituto Vasco de Criminología

Resumen: Este artículo trata de analizar los límites que la Policía Judicial tiene en el campo de la investigación, concretamente cómo debe respetar, en la medida en que incide en un derecho fundamental específico como es el de la intimidad. En la actualidad, la intimidad puede resultar menoscabada por las posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas que pueden controlar la información relevante de una persona. De ahí que este artículo haga referencia a la normativa sobre protección de datos personales, así como a los principios específicos para ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, legislación especial para la Policía Autónoma Vasca, transferencia internacional de datos, el secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio, irregularidades en la obtención de fuentes de prueba, etc. Todo ello en base a que en un Estado de Derecho, los poderes públicos están sujetos en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Laburpena: Artikulu honen xede da Polizia Judizialak ikerlanaren arloan dituen mugak aztertzea. Batez ere, intimitaterako eskubidea oinarritzkoa dela kontuan izanik, eskubide hori nola errespetatu beharko lukeen da hemen aztertu nahi dena. Gaur egun intimitatea erabat urrituta gera liteke teknika modernoek eskaintzen dituzten aukeren bidez, edozein pertsonari buruzko informazio garrantzitsua jakitea ez baita hain zaila. Artikulu honetan, bada, datu pertsonalen babesarako araudia, segurtasun indar eta gorputzek sortutako fitxategietarako oinarritzko printzipioak, Euskal Herriko Poliziarentzako legeria berezia, datuak nazioen artean transferitzea, komunikazioetako sekretua, bizilekuaren bortxaezintasuna, frogetarako iturriak lortzean izan ohi diren irregulartasunak eta abar izango dira aipagai. Hori guztia, zuzenbidezko estatu batean botere publikoaren jardunbidea Konstituzioaren eta gainerako antolamendu juridikoaren agindupean daudelako.

Summary: This article endeavours to analyze the limits imposed upon the Judicial Police Force in the field of investigation, specifically in the manner in which it must be respectful, when it impinges upon a specific fundamental right, such as privacy. Currently, privacy can be impaired by the possibilities offered by modern techniques which are capable of controlling the relevant information of a person. Hence, this article refers to regulations on the protection of personal data, plus the specific principles created by the Force and Security Corps for files, special legislation for the Basque Autonomic Police Force, international transfer of data, the secret of communications, inviolability of the home, irregularities in the obtention of sources of proof, etc. All this based upon the fact that within a State Ruled by Law, public power is subject, as regards its actions, to the Constitution and to the remaining legislative measures.

Résumé: Cet article essaie d'analyser les limites que la Police Judiciaire s'impose dans le domaine de la recherche, il enseigne plus précisément le respect de la personne dans la mesure où la Police Judiciaire est amenée à toucher un droit fondamental spécifique qu'est celui de l'intimité. A l'heure actuelle, l'atteinte à l'intimité existe à cause des possibilités offertes par les techniques modernes qui ont le moyen de contrôler l'information notoire d'une personne. C'est pourquoi cet article fait référence à la réglementation sur la protection des coordonnées, ainsi qu'aux principes spécifiques pour des fichiers créés par les Forces et Corps de Sécurité, législation spéciale pour la Police Autonome Basque, transfert international de renseignements, le secret des communications, inviolabilité du domicile, irrégularités dans l'obtention des sources de preuve, etc. Tout cela est fondé sur le fait que dans un Etat de Droit, les pouvoirs publics, dans leur ligne de conduite, sont soumis à la Constitution et au reste de l'ordonnance juridique.

Auszug: Dieses Artikel versucht die Grenzen die Gerechliche Polizei hat auf dem Gebiet der Erforschung zu analysieren, kurzgefaßt wie man ein Grundrecht wie die Intimität in acht nehmen soll. Heutzutage, die Intimität kann beschädigt werden durch die Möglichkeiten die uns die moderne technologien geben weil die wichtige Information einer Person kontrollieren kann. Dieses Artikel handelt sich um die Beschützung der Personalien, grundprinzipie für Zettelkasten gemacht durch die Streitkräfte und Sicherheitskörper, spezielle Gesetzgebung für die Baskische Polizei, internationale Übertragung von Personalien, das Geheimnis von Verkehrswegen, Unverletzlichkeit der Wohnung, Unregelmäßigkeiten bei der Gewinnung von Zeugen beweisen, usw. Das alles basiert auf den Rechtsstaat, worin die öffentliche kräfte am Grundgesetz und am rest der Rechtsstaat unterworfen sind.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO, LÍMITES Y LIMITACIONES. III. DERECHO A LA INTIMIDAD: PODER DE CONTROL SOBRE LA INFORMACIÓN RELEVANTE PARA UNA PERSONA. EN ESPECIAL, LAS BASES DE DATOS: 1. Planteamiento normativo. 2. Principios estructurales de la normativa sobre Protección de Datos Personales: A. Consentimiento informado. B. Proporcionalidad. C. Exactitud. D. Seguridad. E. Tutela. 3. Principios específicos para los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: A. Consentimiento informado. B. Proporcionalidad. C. Tutela. 4. La transferencia internacional de datos. 5. Legislación específica para la Policía Autónoma Vasca. IV. DERECHO A LA INTIMIDAD: ÁMBITO VITAL DE UNA PERSONA AJENA AL CONOCIMIENTO DE TERCEROS: 1. Intervenciones Corporales: A. Delimitación conceptual. B. Presupuestos habilitantes. Naturaleza jurídica: obligación o carga procesal. 2. Medios Técnicos de reproducción de la imagen: A. Legitimidad jurídica de su utilización como medio de investigación. B. Doctrina jurisprudencial. C. Proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. 3. El secreto de las comunicaciones: A. Planteamiento general. B. Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas. C. Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones escritas. 4. La inviolabilidad del domicilio: A. concepto de domicilio. B. Supuestos legitimadores de la invasión domiciliaria. En especial, la flagrancia delictiva. C. Ejecución de la diligencia de entrada y registro. V. IRREGULARIDADES EN LA OBTENCIÓN DE FUENTES DE PRUEBA. EFECTOS JURÍDICOS. 1. Planteamiento: rango de la norma jurídica infringida. 2. Vulneración de requisitos instituidos por la Constitución. 3. Vulneración de requisitos establecidos por el legislador.

I. INTRODUCCIÓN

La configuración jurídica del Estado como social y democrático de Derecho, conlleva que, en cuanto Estado de Derecho, los poderes públicos estén sujetos en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9-1 de la Constitución)¹.

Por ello, ostentando los derechos humanos un carácter preferente en nuestro sistema jurídico, la actividad de los poderes públicos en el seno del proceso penal, no obstante estar imbuida por la finalidad de lograr la búsqueda de la verdad material, se encuentra modulada por la necesaria tutela a los derechos fundamentales de la constelación de personas que, en su papel de inculpados o víctimas, se encuentran inmersos en las diversas fases del proceso. El respeto que el Estado está obligado a otorgar a la dignidad humana debe estar latente en todos los momentos en los que se desenvuelve el ejercicio de su potestad punitiva, desde que emerge la sospecha del hecho criminal hasta que se ejecuta la condena, impidiendo, en todo caso, la degradación de la persona a la condición de mero instrumento de la política criminal².

A partir de estos postulados, el presente trabajo trata de examinar:

– la actividad de unos agentes públicos: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

– en relación con una de sus funciones: su actuación como Policía Judicial en las labores de obtención de fuentes de prueba de la comisión de un hecho que revisite los caracteres de delito y descubrimiento de la persona de su autor (artículos 126 CE, 444 de la ley 185/85 Orgánica del Poder Judicial, 11g de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y artículo 26.1 de la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco),

– en la medida que tal actuación incide en un derecho fundamental específico: el derecho a la intimidad (artículo 18 CE).

A efectos expositivos, el estudio se vertebra en torno a tres apartados diferenciados:

- a) Análisis conceptual del contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad.
- b) Examen de las posibles afecciones al derecho a la intimidad, en su acepción como poder de control de una información relevante para la persona (bases de datos)
- c) Estudio de las injerencias al derecho a la intimidad en su conceptualización como ámbito vital de una persona ajena al conocimiento de terceros (intimidad corporal, obtención de la imagen de una persona, secretos de las comunicaciones, protección del domicilio).

1. En adelante CE.

2. La dignidad de la persona humana constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la CE.

II. DERECHO A LA INTIMIDAD: CONCEPTO, LÍMITES Y LIMITACIONES

La delimitación del contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar puede realizarse adoptando una *perspectiva positiva* (se pone el acento en el acervo de facultades de realización de su titular) y una *perspectiva negativa* (se pone el acento en las facultades de exclusión de su titular). Desde una perspectiva positiva, el derecho a la intimidad es el ámbito vital inmune al conocimiento ajeno o al poder de control de las informaciones relevantes para cada persona³. Desde una perspectiva negativa, el Derecho a la intimidad se refleja en el poder de excluir a terceros del núcleo de actos vitales que conforman su privacidad (domicilio, comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas, comunicaciones telemáticas o informáticas), así como el poder de instar la desaparición del abanico de informaciones que forman parte del núcleo básico de la personalidad (posibilidad de instar la cancelación y rectificación de datos obrantes en bases de datos de archivos públicos y privados). En todo caso, la proyección social de la persona conlleva que el núcleo de su intimidad no se contraiga a la dimensión personal, sino que se extienda a la dimensión social más inmediata, como la familiar, la laboral, la económica⁴.

A la hora de analizar la incidencia de la actuación de los poderes públicos, cuando investigan hechos delictivos, en el campo de los derechos fundamentales, deben tenerse en cuenta dos parámetros básicos:

a) El contenido de cada derecho fundamental, en orden a deslindar los contornos o límites, que no limitaciones, del mismo. Sólo mediante la descripción del contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad podremos conocer las actuaciones policiales que, *ex ante*, por no incidir en el seno del mentado contenido, no pueden entenderse como injerencia en el mismo, con lo que no entran en juego los específicos sistemas de salvaguardia elaborados por la Constitución y las Leyes. En otras palabras, *cuando hablamos de límites de un derecho fundamental hacemos referencia a los contornos que delimitan su contenido mientras con la palabra limitación hacemos específica referencia a la injerencia en el contenido de un derecho fundamental previamente delimitado*⁵. Mientras, en el primer caso, la

3. LÓPEZ ORTEGA define la intimidad como el poder de control de las informaciones que son relevantes para cada sujeto y se configura bajo la forma de poder jurídico que se reconoce a la persona sobre un ámbito de conocimiento limitado. "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1996. Pendiente de publicación.

4. Afirma PAREJO ALFONSO que la intimidad se proyecta a las diferentes dimensiones de la vida de la persona, careciendo de ámbito susceptible de determinación definitiva, abstracta y general. "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones". *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid. 1996. Pendiente de Publicación.

5. Así, en el seno de la intimidad de signo corporal, el cacheo, como actuación sobre la parte exterior de la ropa de una persona sospechosa para detectar la presencia de objetos de ilícita tenencia, se desenvolvería fuera de los contornos del derecho a la intimidad, razón por la cual su realización puede llevarse a cabo motu proprio por los agentes policiales (STS 4.2.1994 ó 7.7.1995) mientras el registro en las denominadas cavidades naturales, tales como zonas anales o vaginales, suponen una inmisión en el contenido del derecho fundamental a la intimidad, razón por la cual su realización por los agentes policiales requiere inexcusablemente la presencia de una resolución judicial motivada adoptada por órgano jurisdiccional competente.

actuación policial, siempre que se encuentre motivada por el cumplimiento de las funciones públicas que legalmente tiene conferidas, será perfectamente lícita, por desenvolverse en la periferia del Derecho fundamental, en el segundo supuesto, la legitimidad jurídica de su actuación vendrá supeditada a la concurrencia de los requisitos específicamente diseñados para permitir una injerencia en el Derecho Fundamental (Previsión legal, necesidad y proporcionalidad).

b) Las injerencias en el contenido de un derecho fundamental que se encuentran jurídicamente justificadas, por constituir limitaciones legítimas del mentado Derecho fundamental.

Ciñéndonos al campo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales, es decir, actuaciones policiales que inciden en el contenido del Derecho Fundamental, el nivel de exigencia del ordenamiento jurídico para legitimar su actuación será diverso según la injerencia se produzca en el núcleo básico o profundo del Derecho Fundamental o en aspectos que, no obstante formar parte del contenido del mismo, no afectan a su núcleo básico⁶.

En todo caso, *siendo el núcleo de las limitaciones a los Derechos Fundamentales el punto vertebral en todo intento de conciliación entre la eficacia del Estado en la persecución de los delitos y la salvaguardia de las garantías propias del Estado de Derecho*, la Constitución ha obviado toda referencia a las mismas, omisión que puede subsanarse con las disposiciones contenidas en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, en la medida que el mentado Convenio forma parte del ordenamiento jurídico nacional, tras su ratificación, el día 26 de septiembre de 1979, y publicación en el Boletín Oficial del Estado, el día 10 de octubre de 1979, constituyendo un criterio hermenéutico de primera magnitud, en materia de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, para los órganos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 CE⁷.

A la luz del mentado precepto del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸, el Tribunal Constitucional, tras afirmar que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, teje una doctrina sobre sus limitaciones confiriéndoles legitimidad siempre y cuando:

6. Así, a modo de ejemplo, no será lo mismo captar, por medios técnicos audiovisuales, la imagen de una persona en el interior de su domicilio que en la vía pública, en la medida que, si bien en ambos casos existe una afección del derecho a la intimidad, la intensidad de la primera de las afecciones exige ineludiblemente que su realización se encuentre amparada por una resolución jurisdiccional, habilitación judicial innecesaria en el segundo de los casos.

7. Establece el mentado precepto que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

8. El artículo 8 del citado Convenio, tras reconocer el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia, admite la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de tales derechos siempre que la inmisión esté prevista en la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos o libertades de los demás.

a) *Persigan la satisfacción de un interés público constitucionalmente relevante*, siendo preciso, en todo caso, que en el caso concreto se proporcionen indicios sólidos sobre la concurrencia del interés público que se dice satisfacer. De otro modo, si bastara la mera afirmación sobre la concurrencia de un interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia⁹.

b) *Exista una previsión legal que habilite la injerencia en el Derecho Fundamental*, como exigencia inexcusable en un Estado de Derecho.

c) *Perviva un control jurisdiccional mediante la emisión de una resolución judicial motivada* que explicita:

– La necesidad de la limitación para lograr la satisfacción del interés público, por no obtenerse su satisfacción mediante la adopción de medidas no lesivas para el Derecho Fundamental.

– la proporcionalidad de la injerencia, mediante la ponderación razonada de la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y la relevancia de tal intromisión para lograr la tutela del interés público¹⁰.

Por lo tanto, a modo de resumen, las actuaciones policiales, en el seno del cumplimiento de sus obligaciones legales de prevención e investigación del delito y de la persona de sus autores, serán jurídicamente correctas:

– siempre que no afecten al contenido de un derecho fundamental, porque se desarrollen fuera de los límites del mismo,

– siempre que afecten al contenido de un derecho fundamental pero supongan una limitación legítima del mismo al adecuarse al específico sistema de garantías elaborado al efecto por el ordenamiento jurídico, sistema de garantías de diverso nivel de intensidad según exista o no un nivel de afección del núcleo esencial de un derecho fundamental.

III. DERECHO A LA INTIMIDAD: PODER DE CONTROL SOBRE LA INFORMACION RELEVANTE PARA UNA PERSONA. EN ESPECIAL, LAS BASES DE DATOS

1. Planteamiento normativo

La configuración de la intimidad, como poder jurídico de la persona sobre la información relevante para su devenir vital, puede resultar menoscabada por las posibilidades ofrecidas por las modernas técnicas de comunicación, en la medida en que permiten la captación de un conjunto de elementos, datos o informaciones –tales como acontecimientos importantes en el ámbito personal, familiar, social, profesional– cuya interrelación puede dar lugar a un conocimiento de pautas conductuales

9. STC 37/1989 y 57/1994, entre otras.

10. Por todas, STC 37/1989 y 99/1994.

que formen parte de la denominada privacidad. De ahí que el texto constitucional, consciente de los peligros inherentes a la denominada sociedad tecnológica¹¹, confiere al legislador el deber de elaborar una ley reguladora del uso de la informática para preservar el derecho a la intimidad personal, familiar o posibilitar el ejercicio de los derechos personales. *El propio tenor del precepto constitucional denota que la voluntad del constituyente fue preservar la integridad de los denominados derechos de la personalidad a través de una técnica jurídica eminentemente garantista*, en la medida en que se confiere al legislador una labor de limitación del uso de la informática en aquellos ámbitos en los que se encuentra en tela de juicio la privacidad¹² de las personas.

Para desarrollar esta previsión constitucional, se elabora la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal¹³, ulteriormente desarrollada en aspectos específicos por el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio y por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. La mentada normativa interna tiene como fuente inspiradora el Convenio de Estrasburgo sobre protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, elaborado en el seno del Consejo de Europa, ratificado por España el día 27 de enero de 1984 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de noviembre de 1985.

2. Principios estructurales de la normativa sobre Protección de Datos Personales

A) Principio del consentimiento informado

La conceptualización de intimidad, como poder jurídico personal sobre una esfera de información, conlleva que todo tratamiento automatizado de datos de carácter personal exija necesariamente el consentimiento de la persona afectada (artículo 6-1 LORTAD). Ahora bien, la validez del consentimiento para legitimar la actuación de recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, cesión y cancelación, exige que tales procedimientos:

11. DAVILA RODRIGUEZ afirma que la denominada dictadura tecnológica “es, seguramente, la peor de las dictaduras; de un lado, porque el ciudadano puede no ser consciente de su existencia y sufrir sus consecuencias mediante un implacable control de sus actividades, e incluso, previsión de sus futuros movimientos en unos ámbitos determinados; de otro lado, porque la dificultad de desmontar este control tecnológico, es tan grande, que puede llevar aparejada una aceptación como mal menor, ante la situación de inseguridad que produciría la vuelta atrás en poco tiempo, debido al bloqueo de actividades e instituciones que puede traer. *Derecho Informático*. 1993. Aranzadi, Pamplona. Pág. 89.

12. El término privacidad, implementado del término anglosajón *privacy*, ha sido utilizado por el legislador por primera vez en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter personal, al afirmar que “la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de la personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca, pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado”.

13. Boletín Oficial del Estado de 31 de octubre de 1992. En adelante, LORTAD.

– *recaigan sobre datos de carácter personal*, conceptualizando como tales la información¹⁴ referida a una persona física identificada o identificable¹⁵.

– *sea protagonizada por la persona afectada*; es decir, por la persona a la que se refiere la información introducida en la base de datos.

– *sea válido jurídicamente*, lo que exige, por una parte, la ausencia de utilización de medios fraudulentos, desleales o ilícitos (artículo 4-7 LORTAD) y, por otro lado, la existencia de una información explícita y diáfana sobre la finalidad de la recogida de datos de carácter personal, personas destinatarias de la información, carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, identidad de la persona física o jurídica responsable del fichero automatizado y facultades de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o cancelación (artículo 5-1 LORTAD). En principio, la validez del consentimiento no exige su constancia en forma escrita, salvo que se trate de recabar o almacenar datos personales de carácter sensible, como son los referidos a la ideología, creencias, religión, origen racial, salud y vida sexual (artículo 7 LORTAD).

B) Principio de proporcionalidad

Los datos de carácter personal sólo serán objeto de recogida para su tratamiento automatizado cuando:

- se obtengan para el cumplimiento de una finalidad legítima,
- sean adecuados para el cumplimiento de la mentada finalidad.

La necesaria correlación entre la obtención de información personal y el cumplimiento de una finalidad legítima, concreta, y determinada debe ser observada, no sólo en el momento de la obtención de los datos de carácter personal, sino a lo largo de la pervivencia del dato en el fichero automatizado. De ahí que:

– salvo consentimiento expreso de la persona afectada o existencia de una decisión judicial, del Ministerio Fiscal o del Defensor del Pueblo, dentro del marco de sus competencias, o de una cesión entre Administraciones Públicas, siempre que tal previsión se contenga en la norma de creación del fichero, no podrá emplearse la información obtenida sobre una persona para una finalidad distinta a la que motivó su obtención (artículo 4-2 en relación con el 11 de LORTAD),

– el cumplimiento de la finalidad conlleva el decaimiento de la eficacia jurídica de la información registrada (dado que el dato debe ser cancelado cuando haya dejado de ser necesario para la finalidad perseguida cuando se obtuvo y registró).

14. Puede ser de tipo numérico, alfabético, gráfico, topográfico, acústico o de cualquier otro tipo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio.

15. Por identificación se entiende cualquier elemento que permite determinar, directa o indirectamente, la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de la persona física afectada, ex artículo 1.5 del Reglamento que desarrolla la LORTAD.

C) Principio de exactitud

La necesidad de evitar informaciones erróneas sobre aspectos básicos de la persona, en su dimensión individual y social, obliga a los responsables de los ficheros a ser enormemente escrupulosos en su labor de recogida de datos y adaptación a las nuevas situaciones que puedan ir surgiendo, confiriendo al responsable la obligación de proceder de oficio a la cancelación de los datos inexactos y su sustitución por los verdaderos, así como instituyendo como derechos básicos de la persona afectada el acceso a la información contenida en la base de datos y la facultad de instar la rectificación y/o cancelación de los datos inexactos.

D) Principio de seguridad

La precisa simbiosis entre el derecho a la intimidad de las personas, que forman parte del colectivo social, y el cumplimiento de las finalidades legítimas a las que responden los ficheros públicos y privados exige que, en todo caso, el conocimiento de los datos de carácter personal no salga del círculo cerrado conformado por la persona afectada por la información automatizada y el responsable del fichero. De ahí que, fuera de todo desvelamiento por parte de la persona afectada por la información, que supone el ejercicio del poder de disposición del titular del derecho a la información¹⁶, sobre el responsable del fichero, público o privado¹⁷, recae:

– el deber de adoptar las medidas de signo técnico y organizativo que eviten el acceso no autorizado a los datos de carácter personal o su alteración o pérdida, tanto por acciones humanas como por actuaciones del medio físico o natural,

– el deber de guardar secreto y hacer guardar el secreto a las personas que desarrollen su labor bajo sus coordenadas organizativas respecto de los datos de carácter personal que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

E) Principio de tutela

Haciendo propia la clásica afirmación según la cual no existe derecho subjetivo sin garantías¹⁸, se confiere a las personas físicas unas facultades de signo preventivo que tratan de evitar la lesión del derecho a la intimidad, y unas facultades de signo restaurador, que tratan de borrar los efectos jurídicos creados por una actuación *contra legem* lesiva del derecho a la intimidad.

16. Como afirma LOPEZ ORTEGA, *obra cit.* el voluntario desvelamiento por el titular del derecho no constituye un límite al ejercicio del derecho sino la manifestación más característica del ejercicio de la capacidad de control del titular sobre la información relevante para su persona.

17. Como tal se entiende la persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 LOTARD.

18. Afirma PECES BARBA que un derecho fundamental no alcanza la plenitud hasta que no es reconocido en el derecho positivo. *Derechos Fundamentales*. Guadiana de Publicaciones SA. Madrid. 1976. pág. 159.

a) Medidas de carácter preventivo

Se confiere a toda persona el derecho a:

– Solicitar información en el Registro General de Protección de Datos sobre la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, finalidad perseguida con su creación y persona responsable del mismo.

– Postular la información que afecta a su persona incluida en un fichero automatizado, bien mediante su visualización directa, bien mediante comunicación escrita de los mismos.

– Instar la rectificación de los datos de carácter personal inexactos.

– Instar la cancelación de los datos de carácter personal que hayan sido obtenidos sin su consentimiento, fuera de los supuestos en los que tal acto de voluntad no es preciso, o que no resulten necesarios para el cumplimiento de la finalidad para los que fueron obtenidos, por su carácter desproporcionado o por haberse cumplido la mentada finalidad.

b) Medidas de carácter reparador o restaurador

Producida la lesión del derecho fundamental a la intimidad, por la actuación de los responsables de los ficheros públicos o privados automatizados, el afectado puede:

– Formular una reclamación ante la Agencia de Protección de Datos en orden a conseguir, por un lado, el cumplimiento por los responsables de los ficheros de las disposiciones contenidas en las normas jurídicas sobre obtención de datos de carácter personal,

– Instar, de haberse producido daños y perjuicios, entre los que tienen especial cabida los denominados daños morales, una pretensión indemnizatoria que deberá ventilarse en el orden penal¹⁹, si existe un comportamiento penalmente relevante o si no existe ilícito criminal, en el orden administrativo²⁰, si se trata de ficheros públicos, o ante el orden jurisdiccional civil, si se trata de un fichero privado²¹.

3. Principios específicos para los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

El conjunto de principios anteriormente pergeñados, sobre los que descansa la protección de la privacidad frente al almacenamiento de datos personales en ficheros automatizados, resultan parcialmente novados en los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así:

19. Artículos 197, 535 y 536 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, de Código Penal.

20. Con sujeción a lo dispuesto en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

21. Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y artículo 1902 del Código civil.

A) Principio de consentimiento informado

Frente a la exigencia general de una declaración de voluntad positiva de la persona afectada por la información que trata de ser recogida o tratada en un fichero automatizado, como manifestación explícita del poder de control sobre la información relevante sobre su persona, se confiere a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el acceso, recogida y tratamiento de las informaciones relevantes sobre una persona física, individualizada o individualizable, sin consentimiento de la misma, en la medida en la que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales. En todo caso, la injerencia en el ámbito de privacidad de una persona, que conlleva la captación de un dato afectante a su personalidad sin su conocimiento y asentimiento, sólo resulta legitimada, por su necesidad y proporcionalidad, en aras a lograr la satisfacción de intereses públicos vinculados a la eficacia en el seno de la prevención del orden general y de la investigación de ilícitos penales. Siempre será precisa una motivación específica en la decisión de proceder a tal captación vertebrada en torno a:

a) La prevención de un peligro real para la seguridad pública, lo que exige una previa constatación, a través de informaciones debidamente contrastadas, de un riesgo real para la seguridad pública.

b) La existencia de una investigación policial sobre hechos de relevancia penal en los que existen sospechas²² razonables de participación, como autor o no, de la persona cuyos datos se obtienen.

Ahora bien, cuando las informaciones que tratan de recogerse y de tratarse afectan a los denominados datos sensibles, tales como ideología, creencias, religión, origen racial, salud y vida sexual, teniendo en cuenta que se produce una intensificación en el nivel de injerencia en la esfera jurídica de la persona, dado que o bien se afectan a derechos fundamentales distintos a la intimidad, como la libertad ideológica o religiosa, o se insertan en el denominado núcleo básico de la intimidad, como el origen racial, salud y vida sexual, el legislador intensifica las exigencias en la actuación policial requiriendo que *el tratamiento de tales datos sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta*. En consecuencia, la actuación policial únicamente encontrará amparo legal cuando la información compilada sea imprescindible para la obtención de fuentes de prueba sobre el acaecimiento o participación en el hecho que da lugar a la investigación.

B) Principio de proporcionalidad

Establece el artículo 20-4 de la LORTAD, que los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener

22. La sospecha razonable existe cuando, a la vista de los hechos y de las circunstancias conocidas personalmente por el policía, o de las que haya podido ser informado por una fuente que ofrezca suficientes garantías de credibilidad, un hombre normalmente prudente tiene motivos para sospechar que se ha cometido una infracción o que está a punto de cometerse.

los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad. No obstante las deficiencias del precepto, su necesaria interpretación, a la luz de los principios generales contenidos en el artículo 4 de la LORTAD, denota que la cancelación del dato almacenado en el archivo automatizado policial viene supeditado al cumplimiento de la finalidad legítima que amparó su obtención. Así:

– Si la obtención vino motivada por la prevención de un peligro real para la seguridad pública, una vez desaparecido el peligro, salvo que tal labor preventiva haya desembocado en una investigación específica sobre un hecho de carácter penal, en cuyo caso la cancelación se supedita a la finalización de la investigación, en los términos contemplados en el párrafo siguiente.

– Si la obtención vino causada por la existencia de una investigación de un hecho de relieve penal en el que se encuentra implicada la persona física afectada, cuando finalice la eficacia jurídica de la mentada investigación. Ello puede acontecer al finalizar la investigación en sede policial, sin inicio de un procedimiento penal por ausencia de datos en la investigación que permite atisbar la realización del hecho criminal, o cuando se cierra el procedimiento judicial, en el que desembocó la investigación policial, con una resolución de signo absolutorio o condenatorio²³.

C) Principio de tutela

En el ámbito preventivo, se instituye una excepción al ejercicio por parte de la persona, cuyos datos personales han sido almacenados en el fichero, del derecho de acceso, rectificación y cancelación. Ello acontece cuando se produce una decisión denegatoria del responsable del fichero, vertebrada en torno a la presencia de peligros para la seguridad pública, protección de los derechos y libertades de terceros y necesidades de las investigaciones que se estén realizando. En estos casos, el afectado podrá poner esta decisión en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos u Organismo Competente de la Comunidad Autónoma, quien, dice el artículo 21.3 LORTAD, “deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación”. A estos efectos, debe convenirse que:

a) La sujeción de todo acto administrativo al imperio del derecho exige que la decisión de denegación total o parcial de los derechos específicamente establecidos por la ley, en defensa de las personas cuyos datos personales obran en los ficheros automatizados, deba ser motivada y notificada al afectado,

b) El control por parte del Director de la Agencia de Protección de Datos u Organismo Competente de la Comunidad Autónoma debe circunscribirse a deslindar la procedencia de la denegación operada, lo que exige un examen de la concurrencia de una motivación de la decisión de denegación vertebrada en torno a alguno de los supuestos legales específicamente establecidos.

23. Resulta criticable la introducción por el legislador, de criterios como indulto, la rehabilitación para la apreciación de la necesidad de la cancelación de los datos de carácter personal, dado que en instantes procesales anteriores a tales hechos dejan de ser necesarios los datos almacenados para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

4. La transferencia internacional de datos

Se posibilita, sin necesidad de autorización previa del Director de la Agencia de Protección de Datos,

a) La transmisión de los datos registrados, en los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a servicios policiales de otros Estados siempre que:

- lo exijan las necesidades de una investigación policial que se está realizando,
- se realice por conducto de Interpol o vías alternativas previstas en Convenios Internacionales en los que España sea parte.

b) La transmisión de los datos registrados en la parte española del Sistema de Información Schengen, siempre que:

- lo exijan necesidades de una investigación policial en curso,
- su destinatario sea la unidad de apoyo del sistema de Información.

5. Legislación específica para la Policía Autónoma Vasca

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco²⁴, se incardina en la estructura orgánica del Departamento de Interior el denominado *Centro de Elaboración de Datos para el Servicio Policial*, órgano administrativo al que se confiere el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal con una doble finalidad:

- permitir su utilización por los servicios policiales para el cumplimiento de las funciones que legalmente tienen conferidas (prevención de la seguridad ciudadana e investigación de hechos de apariencia delictiva),

- facilitar su entrega a órganos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal, cuando sean requeridos por los mismos en el seno de una investigación penal, o a órganos administrativos o personas privadas, con sujeción plena al régimen jurídico contenido en el Convenio de Estrasburgo de 28 de enero de 1981; Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; desarrollo reglamentario de la mentada ley y legislación específica que, para los ficheros públicos, emanen de las instituciones competentes del País Vasco.

Como novedad de la ley cabe resaltar que el sistema de tutela instaurado en la legislación estatal, de tipo administrativo, a través de la Agencia de Protección de Datos, y de tipo judicial, a través de la actuación de los órganos de los diversos órdenes jurisdiccionales, se ve reforzado con una tutela de naturaleza política, al conferirse a una Comisión del Parlamento Vasco el control del cumplimiento del sistema legal, por parte del Centro de Elaboración de Datos para el Servicio

24. Boletín Oficial del País Vasco de 11 de agosto de 1992.

Policial. La mentada Comisión, que ejercerá su control a través de la verificación periódica de los programas informáticos utilizados así como del examen de las informaciones que solicite, podrá ordenar la cancelación, corrección o integración de los datos automatizados que sean inexactos o que violen las previsiones reguladoras de los derechos fundamentales²⁵.

IV. DERECHO A LA INTIMIDAD: ÁMBITO VITAL DE UNA PERSONA AJENA AL CONOCIMIENTO DE TERCEROS

1. Intervenciones Corporales

A. Delimitación conceptual

Las intervenciones corporales cabe definir las como el conjunto de medidas de investigación que, en el seno de un proceso penal, recaen sobre la realidad corporal de una persona, sea el inculcado o un tercero, para la búsqueda de fuentes de prueba de la comisión de un ilícito penal o de la identidad de la persona que ha protagonizado el mismo²⁶. Este marco conceptual permite señalar como líneas directrices:

- el carácter heterogéneo de las diligencias que pueden encuadrarse en su seno, dado que encuentran cobijo el análisis de sangre para la obtención del ADN, los cacheos policiales, la práctica de una prueba de alcoholemia, la toma de huellas dactilares, obtención de pelos, la práctica de registros anales o vaginales...

- la amplitud de los sujetos pasivos susceptibles de ser sometidos a su realización, al encontrar cabida, no sólo la persona o personas sobre las que existen sospechas razonables de participación en el hecho de contornos delictivos que se investiga, sino también terceros, incluida la víctima, en el supuesto de que tal actuación fuera imprescindible para la obtención de una fuente de prueba (así búsqueda de vestigios del delito en la ropa o el cuerpo para la realización de un ulterior análisis en orden a deslindar el perfil genético del autor del delito).

- la presencia de una constelación de derechos fundamentales que, en principio, pudieran considerarse afectados por la práctica de las mentadas diligencias de investigación (derecho a la vida e integridad física, derecho a la libertad deambulatoria, derecho a no declarar contra sí mismo, derecho a la intimidad).

25. Una eficaz tutela al titular de los derechos fundamentales, afectado por la ilegítima actuación del Centro de Elaboración de Datos para el Servicio Policial, exige una comunicación, por la Comisión del Parlamento Vasco, al afectado en orden a poder ejercitar las acciones específicamente establecidas por el ordenamiento jurídico para restablecer los efectos de la anómala situación producida.

26. GONZALEZ CUELLAR define las intervenciones corporales como todas aquellas medidas de investigación que, dentro del proceso, tienen por objeto el cuerpo de una persona y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito, como concretar aspectos relativos a la salud física o psíquica de dicha persona. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Colex. Madrid. 1990.

*En el presente trabajo vamos a centrarnos en el examen de los presupuestos de legitimidad jurídica de tal medio de obtención de una fuente de prueba, desde la vertiente del derecho a la intimidad*²⁷

B. Presupuestos habilitantes

A estos efectos, el examen de esta materia exige deslindar claramente dos presupuestos:

a) Contenido esencial del derecho a la intimidad corporal, en orden a perfilar las conductas que suponen *per se* una afección del derecho fundamental por ubicarse dentro de los límites o contornos del mismo.

b) Existencia o no de posibilidades de afección del derecho fundamental a la intimidad y, en tal caso, presupuestos de tal afección.

En lo atinente al concepto de intimidad corporal subsumible en el área del derecho fundamental a la intimidad personal, el Tribunal Constitucional ha acogido la denominada *concepción cultural de la intimidad*²⁸, al afirmar que el ámbito de intimidad corporal susceptible de protección constitucional, ex artículo 18.1 CE, no se extiende a la totalidad del cuerpo humano como realidad física, sino sólo a aquellas partes del cuerpo que, con arreglo a las convicciones culturales existentes en el entramado social, se encuentran excluidas del conocimiento ajeno. De ahí que no puedan entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que opera o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, conforme a criterios generales, una violación del pudor o del recato de la persona.

En lo referido a las limitaciones del derecho fundamental a la intimidad corporal, la inmisión en la zona protegida, como medio de obtención de fuentes de prueba, sólo encuentra legitimidad jurídica cuando se cumplan las exigencias del:

– *principio de legalidad*: exige que la intervención en la parte del cuerpo de una persona, incardinables en la zona pudorosa o de recato personal, se encuentre prevista en una norma jurídica con rango de ley.

– *principio de jurisdiccionalidad*: precisa la presencia de una resolución judicial motivada que autorice la injerencia en el campo de la intimidad corporal protegible (ex artículo 18.1 CE).

– *principio de necesidad*: confiere un carácter subsidiario a toda diligencia que conlleve una injerencia en el ámbito de la intimidad corporal protegible constitucionalmente, ciñendo tales actuaciones a los supuestos en los que no puede obte-

27. No va a ser objeto de este estudio, por exceder de su objeto, las posibles injerencias en el ámbito del derecho a la integridad física, libertad personal y derecho a no declarar contra sí mismo, si bien debe dejarse constancia de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido uniforme a la hora de reseñar que el sometimiento a la práctica de una diligencia corporal, siempre que se autorice por un órgano judicial de manera motivada en el seno de un proceso, no conlleva una lesión a los mentados derechos.

28. Así STC 120/1990; 137/1990 y 74/94.

nerse un resultado equiparable por medio de diligencias menos invasoras para la dignidad personal.

– *principio de proporcionalidad*: garantiza que el enorme sacrificio, en términos jurídicos, que conlleva la afección de un derecho fundamental sólo resulte justificado cuando se persigue la satisfacción de un interés público de especial intensidad, supuesto sólo acaecible en delitos graves, conceptuando como tales no sólo los que tienen asignada una pena grave sino también los que tienen una gran relevancia social²⁹.

A partir de estas premisas conceptuales habrá que concluir que:

a) Existen diligencias que por las zonas del cuerpo sobre las que se realizan (por ejemplo, cacheo sobre la superficie del cuerpo³⁰) o por los medios empleados (por ejemplo, examen radiológico) no constituyen injerencias en la intimidad corporal, al no existir una afección de realidades físicas que, desde la óptica cultural predominante en el colectivo social, pueden estimarse como inmisión en el sentimiento de pudor o recato.

b) Existen diligencias que por las zonas anatómicas afectadas (registro anal o vaginal) constituyen indiscutiblemente una injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal, razón por la cual su legitimidad jurídica vendrá supeditada a la existencia de una previsión legal específica; una resolución motivada emitida por un juez de instrucción, en el seno de un proceso penal incoado para la investigación de un hecho grave por su penalidad o por su relevancia social. En este ámbito, conviene tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros como el alemán³¹, no existe una regulación uniforme de las intromisiones en la esfera personal como fuente de prueba en el seno de una investigación penal, existiendo

29. Por todas, STS 14.6.1993.

30. *Específica mención debe realizarse a los cacheos policiales con desnudo integral de la persona afectada*. En estos casos, tal y como ha tenido ocasión de señalar el TC en la sentencia 57/94, pronunciada en un supuesto de cacheo protagonizado en el interior de un establecimiento penitenciario, es preciso que concurren indicios específicos que avalen la ocultación de objetos ilícitos o susceptibles de generar un mal al propio cacheado o a terceras personas; una motivación específica por parte del responsable de la Administración que avale la adopción de la medida con constancia explícita en el atestado o en el libro de registro de la Comisaría; una ejecución de la medida en condiciones menos lesivas para la intimidad, mediante su realización en dependencias adecuadas, no visible por terceras personas, y por personal del mismo sexo que el cacheado. Tales previsiones se encuentran actualmente recogidas en el artículo 68 del Nuevo Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, existiendo, en el momento de redactarse este trabajo, una comunicación del Defensor del Pueblo dirigida al Ministro del Interior solicitando información sobre los supuestos en los que se procede al cacheo con desnudo integral en el interior de las Comisarias, así como sobre el modo de ejecución de tales medidas.

31. La ley procesal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 establece, en su §81 a) la posibilidad de que se ordene la investigación corporal del inculcado para la constatación de los hechos que fueran de importancia para el proceso. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras injerencias corporales que serán tomadas por un médico según las reglas del saber médico, sin consentimiento del inculcado, cuando no se temiera ninguna desventaja para su salud. La facultad para ordenar tal medida de investigación se confiere al juez, si bien, en caso de retraso que pueda perjudicar el éxito de la investigación, puede ser ordenada por el Fiscal o sus ayudantes.

preceptos desperdigados a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³², de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia Imagen³³ o del Real Decreto Legislativo 330/1990, de 2 de marzo, sobre Seguridad y Tráfico Vial³⁴, que suponen un esquema normativo notoriamente insuficiente, dado que o bien hacen referencia a diligencias periciales, (ámbito en el que la actuación policial como Policía Científica encuentra un encaje forzado) o bien se limitan a reseñar, como supuestos de intromisión legítima en la intimidad personal, los autorizados por la autoridad competente con arreglo a la Ley (conceptuando como autoridad competente a la autoridad judicial, nos sigue faltando la ley) o bien contienen supuestos de autorización jurisdiccional para la práctica de diligencias, como la extracción de sangre, en los que no existe una afección del derecho a la intimidad corporal (resultan afectados, en su caso, otros derechos fundamentales). La insuficiencia normativa referida se convierte en carencia absoluta de previsión cuando las diligencias corporales tienen por destinatario, no la persona del imputado, sino un tercero³⁵, razón por la cual en ningún caso podrá acordarse, fuera de los supuestos de consentimiento, una diligencia de examen personal de un tercero, por exigencias indeclinables del principio de legalidad, de cumplimiento escrupuloso en este ámbito³⁶.

C. Naturaleza jurídica: obligación o carga procesal

Perfilados los supuestos de intromisión legítima en el derecho fundamental a la intimidad, el debate jurídico se centra en dilucidar si el sometimiento del sujeto pasivo del proceso penal a la práctica de la intervención corporal, acordada por una autoridad judicial, constituye una obligación procesal, cuyo cumplimiento debe lograrse de una manera coactiva, ora de manera específica mediante el ejercicio de la fuerza física, ora de manera genérica a través de una sanción por la falta de colaboración con el órgano judicial, o constituye una carga procesal, cuya falta de asunción provocará, en su caso, su utilización como indicio incriminatorio en el seno del proceso penal.

La doctrina del Tribunal Constitucional no adopta una postura diáfana a la hora de enfrentarse al tema de la ejecutividad de las intervenciones corporales acordadas por un auto judicial motivado. Así en la STC 37/89 señala que *podía la interesada haber sido compelida a su ejecución mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero, claro*

32. Artículos 339 y 478.

33. Artículo 8.1.

34. Artículo 12.2.

35. Por ejemplo, búsqueda de huellas del delito en sus ropas o en su cuerpo, extracción de ADN.

36. El §81 b) de la ley procesal alemana (StPO) de 7 de enero de 1975 permite la intervención corporal de terceras personas si se encuentra en su cuerpo una huella determinada, autorizando, incluso, la extracción de sangre no consentida cuando no existe peligro para la salud y la medida fuera imprescindible para el descubrimiento de la verdad.

está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el artículo 15 de la CE. Por lo tanto, admite tanto la producción de efectos jurídicos propios de la conceptualización del sometimiento a la intervención corporal como carga procesal (utilización como indicio incriminatorio de la negativa al reconocimiento personal) como de consecuencias jurídicas propias de su consideración como obligación procesal (imposición de sanciones por su incumplimiento aunque deja claro que no cabe su ejecución específica).

Parece ascender un peldaño más el propio TC, en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, pronunciada en torno a la prueba biológica en los procesos de filiación, proporcionando argumentos favorables a la presencia de un *deber jurídico del sujeto pasivo del proceso en orden a soportar intromisiones sobre su organismo corporal de los que pueden derivarse fuentes de prueba frente a su persona.* Así, tras reseñar los requisitos que deben recaer en la decisión judicial que ordena la práctica de la prueba biológica, en esencia, explicitación de las razones que abonan la necesidad y proporcionalidad de tal tipo de prueba para incidir en la esfera de los derechos fundamentales afectados, y exteriorizar la importancia de la prueba en un proceso que pretende la verdad material en una esfera jurídica de relevante interés público, señala que *“en lo referente a la actividad probatoria sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada. Sin desconocer la conveniencia –apreciada por los Tribunales de las distintas instancias– de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al juez los medios suficientes para actuar con la diligencia que le exige el mandato constitucional y, por lo dicho, resulta imperativa su utilización”.* Estas consideraciones del TC, que han llevado a un sector doctrinal a sostener que el máximo intérprete de la Constitución configura el sometimiento de una parte procesal a la práctica sobre el propio cuerpo de actuaciones tendentes a la obtención de una fuente de prueba como deber jurídico coercible mediante el empleo de la fuerza física³⁷, no parece ser seguida en la doctrina sentada en sentencias posteriores del Tribunal Supremo³⁸ en las que se consolida la conceptualización de la intervención corporal como obligación procesal sus-

37. Afirma GIMENO SENDRA que “en el Derecho Comparado suele ser obligatorio el análisis sanguíneo, y que en los Tribunales Constitucionales europeos es común denominador el reconocimiento de la legitimidad de tales actos de investigación coactivos, siempre que sean absolutamente respetuosos con el principio de proporcionalidad, de tal suerte que nunca puedan entrañar riesgos a la salud para su destinatario, confiándose su realización a personal sanitario”. *Derecho Procesal II, El Proceso Penal.* ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ, Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 1990, pág. 336. En el mismo sentido, GONZALEZ CUELLAR, esgrimiendo razones de necesidad en la investigación para evitar zonas de impunidad así como insuficiencia del expediente de acudir a instar un proceso penal por desobediencia. *Op. Cit.* pág.295.

38. STS de 7 y 21 de junio de 1994.

ceptible de generar consecuencias jurídicas de signo sancionador para la persona que se opone a su realización, cerrando el paso al empleo de la fuerza física como medio de lograr el cumplimiento efectivo del auto judicial por reputarlo, en línea con la primigenia doctrina del TC, contraria a las exigencias del artículo 15 CE³⁹.

2. Medios Técnicos de Reproducción de la Imagen

A. Legitimidad jurídica de su utilización como medio de investigación

En el cumplimiento de las funciones de prevención e investigación de delitos y descubrimiento de su autor conferidos legalmente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículos 126 CE; 11f y g de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; artículo 445 de la Ley 6/1985 Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 de la Ley 4/1992 de Policía del País Vasco) resulta incuestionable que las mismas puedan desarrollar sus funciones con la utilización de los medios técnicos suministrados por el desarrollo tecnológico del colectivo social. Por ello, *el debate no se centra en la legitimidad de la utilización de videocámaras por los agentes de la autoridad en su labor de investigación de hechos delictivos, sino en la delimitación de las coordenadas en las que se debe desenvolver su uso para no constituir una injerencia abusiva en el seno de los Derechos Fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen*. A estos efectos, conviene deslindar que el contenido del derecho a la intimidad no puede describirse acudiendo a criterios físicos o espaciales, según los cuales la privacidad únicamente se extiende al domicilio o espacios cerrados sujetos al dominio funcional de una persona sin abarcar en ningún caso los denominados espacios públicos⁴⁰, dado que en el mentado espacio público se exteriorizan relaciones interpersonales y conductas vitales que, examinadas en su globalidad, pueden descifrar caracteres esenciales de la personalidad de un individuo, tales como personas con las que uno se relaciona,

39. Así, como paradigma de esta posición jurídica cabe recoger la sentencia de 7 de junio de 1994. En el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial, a la que sucintamente se hace referencia, se afirma que sorprendida una mujer por una dotación policial cuando vendía heroína a unos jóvenes y requerida para que sacara la droga que había ocultado en la vagina, ante la negativa de la mujer, los agentes policiales ponen los hechos en conocimiento de la autoridad judicial que emite un auto para que se proceda a su examen o reconocimiento por el Servicio de Ginecología de un hospital materno infantil. Requerida la mujer para el cumplimiento de la orden judicial, la misma se opone a su ejecución. El Alto Tribunal, tras reconocer la legitimidad de la orden judicial, casa la sentencia de la Audiencia Provincial, en la que se había condenado a la acusada por un delito contra la salud pública y por un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial, respecto a la condena por un delito de desobediencia grave a la autoridad, *no porque este tipo resulte inaplicable frente a conductas que de manera pasiva se opongan a la práctica de un reconocimiento corporal judicialmente acordado, sino porque ante la negativa de la imputada no se procedió a la reiteración del mandato con los apercibimientos legales*.

40. De ahí que toda colocación en la vía pública de aparatos fijos o móviles de captación y reproducción de la imagen de una persona suponga una incidencia en el derecho a la intimidad y a la imagen de las personas, cuya legitimidad jurídica vendrá dada por la existencia de una previsión legal y la concurrencia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad. En todo caso, como la afección no afecta al núcleo esencial del derecho no será precisa una autorización judicial previa, de necesaria presencia cuando se trata de incidir en el núcleo esencial del derecho a la intimidad, como la toma de imágenes en el interior del domicilio.

ámbitos o lugares de esparcimiento que visita⁴¹. Cuestión distinta será el reconocer que el ámbito de afección del Derecho Fundamental a la intimidad es más intenso en los supuestos de captación de la imagen de una persona en el interior de un domicilio que en los casos de obtención de la imagen en actividades desarrolladas en lugares públicos, cuestión relevante a la hora de diseñar los requisitos que el ordenamiento jurídico introduzca para pergeñar los elementos de necesidad y proporcionalidad de la injerencia. Así, la obtención de la imagen de una persona en el interior de su domicilio requerirá siempre del aval de un auto judicial motivado, mientras la captación de la misma en lugares públicos no precisará de esta cobertura judicial previa si bien deberá, en todo caso, resultar avalada por la presencia de razones preventivas o de investigación delictiva claramente diseñadas.

B. Doctrina jurisprudencial

En todo caso, el Tribunal Supremo⁴² deja debida constancia de la *plena legitimidad jurídica* de la captación policial de imágenes de las personas sospechosas en el momento que se supone fundadamente que están cometiendo un hecho delictivo, *siempre que la grabación se extienda a comportamientos verificados en espacios públicos*, sin incidir, en ningún caso, en el seno del domicilio o en lugares en los que se desenvuelvan actividades privadas inmunes a la intervención de terceras personas. Por lo tanto, no basta con que el emplazamiento de los aparatos de filmación se encuentren extramuros del espacio físico en el que se desenvuelve la privacidad de la persona sino que es necesario que no se capten comportamientos que tengan lugar en el interior del recinto sometido al señorío de la privacidad.

Todo intento por captar imágenes de las conductas que se desarrollan en el interior de un domicilio debe contar con el necesario respaldo judicial plasmado en un auto que, en palabras del TS⁴³ “goce de suficiente motivación y que responda por analogía a las exigencias y requisitos de las intervenciones telefónicas, esto es, tomarse en el curso de un procedimiento penal, existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave (sancionado con pena superior a prisión menor), imposibilidad o gran dificultad de averiguación de la grave infracción por otra vía, control judicial de la intervención y fijación por el juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo una medida tan excepcional”. La base jurídica de tal decisión judicial se encontraría en el artículo

41. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1996, Sala Primera, ha tenido ocasión de señalar que el ciudadano no pierde sus derechos a la intimidad y a la propia imagen por el simple hecho de salir a la vía pública o abandonar su domicilio, mientras la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 10 de enero de 1995, Sección Primera, reseña que “No podríamos concluir que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan por la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en el exterior pero inevitablemente reflejan datos e información sobre aspectos concretos de nuestra personalidad, de nuestros gustos y preferencias”.

42. En sentencias de 6 de mayo de 1993, 7 de febrero de 1994, y 6 de abril de 1994 y 27 de febrero de 1996.

43. Sentencia de 6 de mayo de 1993.

8 de la LO de 5 de mayo de 1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que reputa legítima cualquier intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales tutelados en la citada ley, *autorizadas o acordadas por autoridad competente*.

En todo caso, la necesidad de conceptualizar como prueba en el proceso penal los actos tendentes a acreditar los hechos introducidos en el proceso que se evacúen en el plenario en condiciones que permitan su percepción personal por el juzgador (inmediación) y la intervención dialéctica de las partes procesales (contradicción) conlleva que la filmación videográfica sólo alcance el carácter de prueba cuando se procede a su proyección en el acto de juicio oral⁴⁴.

C. Proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos

El proyecto de Ley Orgánica por el que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos⁴⁵ trata, en palabras de su exposición de motivos, de “proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública”. En consecuencia, el proyecto en cuestión persigue dar cumplimiento al primero de los *requisitos instituidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950: previsión legal de la injerencia en la vida privada de las personas, para conferir legitimidad a las limitaciones del Derecho a la Intimidad provenientes de la actuación de los agentes policiales*.

a) Delimitación conceptual

El proyecto de ley fija su campo de actuación acudiendo a tres criterios, de signo objetivo o material (tipos de medios técnicos utilizables), subjetivo (personas legitimadas para su utilización) y espacial o físico (lugar en el que se produce su utilización).

Criterio objetivo: en aras a garantizar la pervivencia de la ley frente a los desarrollos de la técnica, el legislador, tras reseñar que la norma tiene por objeto la regulación del uso de las videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles, introduce un concepto auténtico de videocámara muy amplio al conceptualizar como tal cualquier sistema de captación de imagen y sonido, y ubicar en su seno la mera toma de imágenes y sonidos acompañada de su grabación en soporte separado (artículo 1.2).

Criterio subjetivo: se regula la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el ejercicio de las funciones que legalmente

44. Así sentencias de 11 de febrero de 1994 y 28 de febrero de 1995.

45. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 4 de octubre de 1996.

tienen conferidas en el seno de la prevención e investigación de los delitos (queda extramuro, de la ley, la utilización de vídeos por particulares o por agentes policiales fuera del marco de las funciones que legalmente tienen otorgadas).

Criterio espacial: necesariamente la toma de imágenes y/o sonidos, a través de sistemas técnicos de captación, debe realizarse en lugares públicos, sin afectar a la toma de imágenes en el ámbito del domicilio que, en todo caso, exigirá autorización judicial previa adoptada por un Juez de Instrucción en el seno de un proceso penal, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 1 y 6.5⁴⁶).

b) Principios vertebrales en la utilización de videocámaras

Legalidad: la utilización legítima de videocámaras requerirá la concurrencia de una situación específica, que habilite el empleo de tales medios técnicos, así como de una autorización explícita, conferida por organismos distintos según sea el tipo de cámara utilizable. Así:

– *Supuestos habilitantes:* en el caso de utilización de videocámaras fijas será preciso la presencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, mientras el empleo de cámaras móviles requerirá la existencia de un peligro concreto para la convivencia ordenada en la vía pública⁴⁷.

– *Autorizaciones*

– *Instalaciones fijas:* no obstante la confusa redacción legal de los dos primeros ordinales del artículo 3 del Proyecto⁴⁸, la exégesis sistemática de los mismos, a la luz de la exposición de motivos, permite concluir que la solicitud de instalación fija de videocámara requerirá una autorización, mediante resolución motivada, del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, previo informe de un órgano colegiado, presidido por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración⁴⁹. El informe de la mentada Comisión ostenta un carácter vinculante para la autoridad político-administrativa si es contrario a la autorización⁵⁰, sin que la autoridad

46. Esta mención al domicilio es redundante, dado que el artículo 1 del proyecto delimita que la norma trata de regular el uso de videocámaras en la vía pública, lo que supone una exclusión del domicilio.

47. El carácter eminentemente preventivo o disuasorio de las cámaras fijas conlleva que su instalación se supedita a la presencia de un riesgo abstracto para la seguridad ciudadana, evaluable con arreglo a los parámetros del hombre medio, mientras el carácter claramente investigador de la comisión de un ilícito, predicable de las cámaras móviles permite que su utilización venga supeditada a la presencia de un peligro concreto para la indemnidad de las personas o bienes radicados en la vía pública.

48. Su tenor literal parece dar a entender que existen dos comisiones distintas para evacuar un informe sobre la necesidad de proceder a la autorización.

49. La configuración de un magistrado como miembro nato de la Comisión obedece a su papel constitucional de garante de los derechos fundamentales, ex artículo 117-4 CE.

50. También creo que el carácter vinculante del informe debe extenderse a los supuestos en los que la comisión introduzca requisitos adicionales a la solicitud original en aras a evitar injerencias injustificadas en los derechos de la personalidad.

político-administrativa se encuentre sujeta al informe de la Comisión, cuando este último es favorable a la petición de instalación⁵¹.

– *videocámaras móviles*: autorización previa del máximo responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nivel provincial, salvo que concurra una urgencia máxima o una imposibilidad de obtener a tiempo la autorización, en atención a las circunstancias concurrentes⁵², en cuyo caso se podrá hacer uso de las videocámaras móviles, con dación de cuenta⁵³ al jefe policial⁵⁴ y a la comisión referida anteriormente, comisión que podrá requerir la entrega del soporte físico original y emitir el correspondiente informe⁵⁵.

Necesidad: la utilización de las videocámaras sólo será legítima cuando resulte precisa para el mantenimiento de la convivencia ciudadana en las vías públicas, ora por su carácter disuasorio de la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas relacionadas con la seguridad pública, ora por su funcionalidad para obtener fuentes de prueba de un ilícito, penal o administrativo. Ello ocurrirá en zonas en que, por la ubicación en su seno de edificios públicos o por su utilización como lugar de concentraciones caracterizadas por su incitación a la comisión de actos violentos, es previsible el surgimiento de comportamientos de signo delictivo o que den vida a infracciones administrativas⁵⁶.

Proporcionalidad: exigirá, en cada caso, un juicio de ponderación de la finalidad perseguida con la instalación o utilización de videocámaras (prevención de actos delictivos o de infracciones de signo administrativo) y el nivel de injerencia en el derecho a la intimidad e imagen de las personas (zonas de gran acceso ciudadano por su ubicación, por los lugares de esparcimiento existentes, por edificios públicos en ellas radicados). En todo caso, el necesario equilibrio entre la incidencia en los derechos de la personalidad y el interés público que se trata de satisfacer debe estar latente no sólo en la fase previa a la autorización sino también en la ejecución de las actividades de captación, grabado y uso de las imágenes y sonidos de las personas dado que:

– las grabaciones deberán ser destruidas en el plazo máximo de un mes, salvo que estén relacionadas con un procedimiento judicial por infracción penal, un procedimiento administrativo por infracciones administrativas muy graves o graves en materia de seguridad pública o una investigación policial en curso, en cuyo caso deberán ser custodiadas mientras sean necesarias para aportar fuentes de prueba en

51. Con las matizaciones señaladas en la nota anterior.

52. Parece difícil atisbar una situación de urgencia no anudable a la imposibilidad de obtener la autorización precisa para la utilización de las videocámaras.

53. Debe ser inmediata.

54. Con tal expresión debe referirse al responsable de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a nivel provincial, al conferirse el mismo las facultades de autorización en circunstancias normales.

55. El precepto no es claro a la hora de especificar si el informe debe ser emitido en todo caso o sólo cuando la comisión requiera los soportes físicos.

56. Se trata de evitar un sistema de vigilancia indiscriminada de la vía pública que conllevaría una injerencia abusiva en el derecho a la intimidad y propia imagen de los ciudadanos que por ella transitan.

los mentados procesos (artículo 8)⁵⁷. La mención que hace el legislador a la custodia de las grabaciones por un órgano gubernativo, que se determinará reglamentariamente, deberá quedar ceñido al supuesto de investigaciones policiales, dado que, si la grabación a través de la videocámara capta la comisión de un ilícito penal deberá ser entregado el soporte original de las imágenes a la autoridad judicial competente y si lo captado es un ilícito administrativo, el soporte debe ser remitido al órgano competente para instruir el procedimiento sancionador (artículos 7, 1 y 2 del anteproyecto).

– Las personas que, por razón de sus cargos, tengan conocimiento de las grabaciones están obligadas a guardar reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas.

– No podrán realizar cesiones o copias de las imágenes y sonidos salvo para los fines previstos en el momento de su obtención⁵⁸.

– Las personas interesadas⁵⁹ podrán instar el acceso a las grabaciones para instar su cancelación. En todo caso, este derecho sólo podrá ejercitarse cuando no se haya incoado un proceso judicial o no exista una investigación policial en curso, dado que en tales casos la conservación de las grabaciones es lícita o, fuera de estos supuestos, haya transcurrido un mes desde la obtención de la imagen, dado que hasta ese momento es lícita la conservación de las grabaciones aunque no se hayan captado imágenes que denoten la realización de un ilícito penal o administrativo⁶⁰.

Jurisdiccionalidad: si la filmación realizada captara la comisión de hechos presuntamente constitutivos de un ilícito penal, establece el artículo 7 que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pondrán el soporte original a disposición judicial “con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas desde su grabación”, precisando el proyecto que cualquier demora respecto a este último plazo, 72 horas, deberá ser justificado. Precepto enormemente criticable dado que el criterio más acorde con el criterio de proporcionalidad, que aboga por la exigencia indeclinable de un control judicial inmediato sobre las fuentes de prueba de un ilícito penal que consta en un sistema técnico de reproducción, queda enormemente mediatizado cuando se posibilita la entrega en el plazo de 72 horas desde la grabación, sin especificar las razones que pueden justificar tal demora, y plenamente arrumbado cuando se apunta la posibilidad de una demora superior a las 72 horas, ésta sí debidamente justificada.

57. Dicción legal confusa, dado que carece de sentido la pervivencia de la grabación si no existe infracción penal o administrativa.

58. No se entiende la previsión realizada sobre la obtención de copias dado que si la grabación captó la realización de un ilícito penal o administrativo la funcionalidad perseguida, obtención fuente de prueba, ya se ha conseguido, razón por la cual no resulta legítimo realizar una copia y, en el supuesto de ausencia de tales infracciones, los originales de las grabaciones deben ser destruidos en el plazo de un mes, lo que conlleva considerar ilegítimo la obtención y conservación de una copia.

59. Como tales habrá que conceptuar a las personas que han transitado por el lugar en el que se ha utilizado una videocámara fija, cuya existencia es objeto de comunicación pública, o móvil.

60. Resulta difícil conciliar esta pervivencia del material grabado en manos de los agentes de la autoridad con el derecho a la intimidad personal.

A modo de conclusión, debe afirmarse que, desde la perspectiva desde la que se aborda este estudio, la obtención de la grabación de un hecho delictivo mediante la utilización de una videocámara, con sujeción al régimen instaurado por el Proyecto de ley, garantizará que tal grabación ostente el carácter de prueba, sin que ello conlleve que *per se* tenga fuerza suficiente para fundar una sentencia condenatoria, dado que tal efecto jurídico supone una manifestación explícita de la potestad jurisdiccional, artículo 117.4 CE, de valorar, de manera razonada y razonable, las pruebas que se practiquen en presencia del juzgador (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁶¹.

3. El Secreto de las Comunicaciones

A) Planteamiento general

Establece el artículo 18.3 CE que se garantiza el secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. A partir de esta dicción del precepto constitucional deben tenerse en cuenta las siguientes precisiones a la hora de delimitar el contenido material de este derecho fundamental:

a) *Objeto del secreto*: se garantiza el secreto de la propia comunicación, razón por la cual el deber de no injerencia en las comunicaciones no decae por el hecho de que lo comunicado, el contenido de la comunicación, no forme parte de la intimidad de ninguno de los comunicantes. En palabras del máximo intérprete de la Constitución⁶², en la sentencia 114/834, “el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. En todo caso, el deber de no injerencia en las comunicaciones ajenas se extiende tanto al objeto de la comunicación como a la identidad de las personas comunicantes⁶³.

b) *Tipo de comunicación protegida*: se encuentra bajo el área de protección constitucional no sólo la correspondencia postal, telegráfica y telefónica, incluyendo en esta última tanto las comunicaciones alámbricas como inalámbricas⁶⁴, sino también cualquier proceso de comunicación interpersonal vedado al acceso de ter-

61. Ello no supone que el proyecto carezca de utilidad jurídica, dado que corresponde al legislador deslindar los requisitos que deben presidir la obtención de las fuentes de prueba sin deferir tales ámbitos a criterios jurisprudenciales siempre rodeados de matices e inseguridades.

62. En la sentencia 114/84.

63. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 2 de agosto de 1984, tuvo ocasión de señalar que el artículo 8 del Convenio, que garantiza el derecho a la vida privada y familiar, puede ser vulnerado por el empleo de un artificio técnico que permite registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque con ello no se acceda a desvelar el contenido de la conversación.

64. La Constitución ha reservado a la autoridad judicial todo tipo de intervención telefónica, se efectúe ésta a través del cable o del espacio radioeléctrico, telefonía digital. Así STC 11 marzo 1996.

ceras personas⁶⁵. A estos efectos, la referencia que hace el artículo 18.3 CE a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas es meramente ejemplificativa.

c) *Personas sujetas al deber de secreto*: el derecho de secreto de las comunicaciones trata de preservar la intangibilidad del proceso de comunicación frente a terceros, razón por la cual no puede ser destinatario de tal derecho fundamental ninguno de los intervinientes en el proceso de comunicación. Por ello, la norma constitucional tiene necesariamente como destinatarios a terceros ajenos a la conversación, sin que la grabación y desvelamiento de la conversación por parte de uno de los intervinientes en la misma suponga una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de la posible injerencia ilícita en el derecho a la intimidad si el contenido de la conversación incide en alguno de los planos que forman parte de este derecho fundamental⁶⁶.

Ciertamente esta delimitación de los sujetos obligados por el deber de secreto de las comunicaciones puede plantear especiales problemas *en el campo de los agentes policiales infiltrados en organizaciones criminales que proceden a la grabación de las conversaciones mantenidas con miembros de la mentada organización*. A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una doctrina notablemente mediatizada por la actuación del agente encubierto o infiltrado en el caso concreto. Así:

– si el agente policial se limita a grabar una conversación mantenida con uno o varios de los miembros de la banda criminal en los que se deslizan datos referidos a hechos criminales cuya exteriorización no ha sido expresamente provocada por el agente encubierto, la grabación no contraviene el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dado que “desde que el interesado es consciente de que desarrolla una actividad ilícita, también lo es de que existe el riesgo de ser objeto de prácticas encubiertas”⁶⁷.

– si el agente policial graba una conversación mantenida con uno o varios de los miembros de la banda criminal inspirada por el agente policial se produce una vulneración del derecho fundamental contenido en el artículo 8 CEDH⁶⁸.

B) Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas

Frente a otras manifestaciones explícitas del derecho a la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones únicamente

65. Comunicaciones telemáticas, por ejemplo, correo electrónico en el sistema INTERNET.

66. Véase en este sentido la STC 114/84 en la que se niega toda infracción al derecho fundamental, contenido en el artículo 18.3 CE, en el supuesto de grabación de una conversación telefónica por parte de uno de los intervinientes de la conversación, en la que se formulan determinados juicios peyorativos sobre la Dirección de la Empresa, que ulteriormente son utilizados en el proceso por despido.

67. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia Ludwwig Ludi contra Suiza, de 15 de junio de 1992.

68. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia caso Francis, de 23 de noviembre de 1994.

puede ser limitado por una resolución judicial motivada adoptada por un juez instructor en el seno de un proceso penal incoado para la investigación de un hecho criminal grave, en la medida en que ello resulte necesario para preconstituir la prueba sobre la comisión del mentado hecho o la persona de su autor⁶⁹ (artículos 18-3 CE y 579 LECriminal).

Por lo tanto, la legitimidad jurídica de toda intervención telefónica, con el contenido material anteriormente delimitado, exige la concurrencia de los siguientes principios:

a) *Principio de legalidad*: necesidad de que la tal injerencia en el área de intimidad de la persona se encuentre prevista en una norma jurídica con rango de ley⁷⁰. El mentado principio encuentra acogida con la introducción, por ley orgánica 4/1988, del artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuyo ordinal segundo y tercero se posibilita la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado o de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, con independencia de que el canal de comunicación sea el teléfono titularizado por la persona sobre la que recaen indicios de criminalidad o un teléfono de titularidad ajena utilizado por el imputado para “la realización de sus fines delictivos” (ordinal segundo in fine del artículo 579 LECrim).

b) *Principio de jurisdiccionalidad*: única y exclusivamente cabe la injerencia en las comunicaciones telefónicas del imputado por la autorización conferida por un operador judicial en el seno de una instrucción judicial (ya sean diligencias previas o sumario). En todo caso, el cumplimiento por el operador judicial de su función constitucional de garante de los derechos fundamentales de las personas implicadas en un proceso penal exige una cumplida motivación de las razones que avalan la intervención telefónica⁷¹, así como una específica mención al número telefónico objeto de intervención, persona imputada, delito investigado así como delimitación del plazo de duración de la medida⁷².

En todo caso, el deber de motivar la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se extiende a las prórrogas sin que pueda

69. Define GIMENO SENDRA la intervención telefónica como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de las llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado, durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba de hecho punible y la participación de su autor: Revista *La Ley*. 26 de abril de 1996. AÑO XVII. Número 4024.

70. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia explícita al principio de legalidad en la sentencia Malone, de 2 de agosto de 1984, y sentencia Huvig, de 4 de abril de 1990.

71. Presencia de indicios o sospechas razonables de obtención a través de tal medida de una fuente de prueba sobre la comisión y/o autoría de un delito grave de muy difícil obtención a través de un medio menos lesivo, sin que pueda ser utilizado, en ningún caso, como medida de prospección general en orden a averiguar los delitos que puede cometer un ciudadano.

72. Así auto del TS, de 18.6.1992; STS de 14.6.93 y STC 85/1994 y 181/1995.

acudirse al pronunciamiento de una mera providencia o resolución carente de toda motivación⁷³.

c) *Principio de necesidad*: sólo puede acudirse a la adopción de la medida de desvelamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas cuando no existe una medida menos lesiva de los derechos fundamentales que pueda satisfacer el interés estatal en la investigación y persecución de los delitos.

d) *Principio de proporcionalidad*: el enorme sacrificio que para la plenitud de los derechos fundamentales supone su limitación conlleva que la misma sólo encuentre justificación cuando el interés estatal en la investigación penal tenga una especial relevancia, en atención a la gravedad del delito investigado, utilizando para determinar la gravedad tanto un criterio cuantitativo (importancia de la pena asignada al delito) como cualitativo (transcendencia social de los hechos investigados). En todo caso, el principio de proporcionalidad no agota sus efectos en el momento de la adopción de la medida sino que se extiende a la ejecución de la misma, que en todo momento debe ser presidida por un estricto control judicial, con entrega, en todo caso, de los soportes originales de las cintas magnetofónicas en las que se ha procedido a la grabación de conversaciones en orden a que sea el operador judicial, con asistencia del fedatario judicial y presencia de las partes, quien delimite las partes del mismo relevantes para la investigación.

C) Injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones escritas

a) Concepto de correspondencia postal

Procede deslindar, en primer lugar, *el ámbito objetivo del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones postales*. A estos efectos, ha resultado polémica la extensión del secreto al contenido de *los paquetes postales*. No en vano la STS de 10 de marzo de 1989 sostenía que la correspondencia equivalía a la comunicación escrita con otra persona utilizando los servicios de correos, sin que pueda anidarse en el campo de la correspondencia, sobre la que se extiende el secreto tutelado constitucionalmente, lo que no es más que “un transporte de mercancía”. Sin embargo esta línea doctrinal ha sido abandonada por las sentencias emanadas por el Alto Tribunal, en fechas más próximas, que son contestes en *definir la correspondencia postal como la referida a todos los envíos que puedan hacerse a través del servicio postal de correos o de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios*, dado que por medio de los paquetes postales pueden enviarse objetos, de mayor volumen que la simple carta, de carácter íntimo o personal⁷⁴. Para llegar a esta conclusión jurídica se utilizan argumentos que se desenvuelven en el campo constitucional (carácter expansivo de todo derecho fundamental en un sistema jurídico que eleva los derechos de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; evitación de todo asomo de inseguridad jurídica al hacer depender la exten-

73. STC 181/95, de 11 de diciembre.

74. Así STS 22.4.94; 20.12.1994; 13.3.1995 y 5.10.1996.

sión de un derecho fundamental del aspecto externo del objeto remitido por los servicios de correos) y en el campo de la exégesis de la legislación ordinaria (sentido gramatical de la palabra: paquete con envoltorio, no muy abultado y bien dispuesto, que puede estar constituido por un conjunto de cartas o papeles que forman un mazo).

b) Apertura de la correspondencia postal: supuestos legitimadores

Una primera aproximación al tenor literal del ordinal tercero del artículo 18 de la Constitución denota que, a diferencia de la regulación contenida en el ordinal segundo respecto al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, únicamente se hace referencia a la resolución judicial como límite del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. No obstante, *resulta evidente que el remitente y/o destinatario, como titulares del derecho fundamental al secreto de la comunicación por ellos protagonizada a través de los servicios postales, pueden autorizar libremente la apertura de la carta, envío o paquete para verificar su contenido*. Esta conclusión, dimanante de la propia configuración de los derechos fundamentales como espacios de autodeterminación personal frente a injerencias protagonizadas por los poderes públicos⁷⁵, se infiere también de la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de Correos, aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, en el que se autoriza a los funcionarios de Aduanas destinados en Correos a reconocer de oficio los envíos postales sobre objetos abiertos y sobre cuantos ostenten etiqueta verde. En ambos casos, existe una declaración de voluntad, implícita en el supuesto de objetos abiertos y explícita en el caso de objetos portadores de una etiqueta abierta, del remitente de la correspondencia favorable a la inspección del contenido del objeto postal, por parte de los funcionarios dotados de facultades legales para ello.

No existiendo una declaración de voluntad anulatoria del titular del derecho fundamental, los funcionarios de Aduanas destinados en Correos o los miembros de la Policía Judicial podrán realizar un control externo del envío postal, sin que en ningún caso estén autorizados a abrir el mismo para comprobar su contenido. Existiendo sospechas de la posible presencia en el interior del objeto postal de objetos o efectos delictivos, necesariamente deben ponerse en conocimiento del Juzgado de Instrucción tales indicios, a efectos de que la autoridad judicial, en su caso, de forma motivada emita una resolución en la que se autorice la detención de la correspondencia para proceder a su ulterior apertura (579-1 LECrim). La apertura del sobre o paquete deberá realizarse por el juez instructor, en presencia del Secretario Judicial y con citación para tal acto de la persona del interesado que presenciara la práctica de tal diligencia por sí mismo o a través de la persona por él designada (artículos 584 a 588 LECrim).

c) Especificidades de la entrega vigilada

Resulta importante deslindar si el diseño legal de la diligencia de apertura de la correspondencia postal resulta alterado por la entrada en vigor del artículo 263 bis

75. El denominado carácter reactivo de los derechos fundamentales del que se hace eco la STS de 7.11.1994.

de la LECrim, introducido por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la LECrim en materia de tráfico de drogas, cumpliendo el compromiso adquirido por España con la ratificación del Convenio de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrado en Viena el 20 de diciembre de 1988, que instaura la figura de la entrega o circulación vigilada. El ordinal segundo del mentado artículo define como circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, circulen por territorio español o salgan o entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o sustancias o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines.

Bajo el concepto de entrega vigilada encuentra amparo tanto la circulación por territorio nacional de remesas sospechosas de contener sustancias tóxicas como el tránsito de remesas en las que se ha sustituido la droga tóxica por otra sustancia. En el primer caso (*circulación de remesas sospechosas de contener sustancias tóxicas*), dado que no se produce una incidencia en el seno del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones postales, la decisión puede ser adoptada por los mandos de la Policía Judicial, con dación de cuenta inmediata a la Fiscalía para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas y a la autoridad judicial si existe un proceso penal abierto. Lógicamente, una vez identificada la persona destinataria, la apertura del paquete deberá ir precedida del auto judicial con cumplimiento del resto de requisitos exigidos por la normativa vigente. En el segundo caso (*sustitución de las drogas tóxicas por otras sustancias*⁷⁶), en la medida que se produce una injerencia en el campo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la apertura del paquete presuntamente provisto de sustancias tóxicas, para la ulterior sustitución de su contenido por sustancias distintas, deberá encontrar amparo en un auto judicial sin que la medida pueda ser acordada motu proprio por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal. En este específico supuesto, no resulta exigible la citación del interesado, dado que con ello se privaría de eficacia la presente técnica de investigación⁷⁷.

76. En este ámbito, debe dejarse constancia de la doctrina del Tribunal Supremo contraria a la utilización de la técnica de la sustitución cuando se trata de paquetes postales, dado que en éstos, siempre figura la persona del destinatario por lo que basta con vigilar el curso postal del envío para llegar al mismo. Por todas, sentencias de 20 de marzo y 23 de mayo de 1996.

77. Ello ha quedado reflejado en la STS de 1 de febrero de 1995 en la que, en un supuesto de entrega controlada de un paquete conteniendo cocaína procedente de Alemania, reseña que no ha existido una vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la intimidad personal, pues los funcionarios policiales "obteniendo primero la autorización de la Fiscalía Antidroga para la entrega controlada del paquete y poniendo inmediatamente los hechos en conocimiento del Juzgado de Guardia, después de haber procedido a su apertura acordó la sustitución del estupefaciente por sustancia simulada, de conformidad con lo previsto en el número 2 del referido artículo 263 bis y artículo 11 del Convenio de Viena..".

4. La Inviolabilidad del domicilio

A) Concepto de domicilio

A la hora de delimitar el concepto de domicilio la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tributaria del concepto diseñado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 21 de febrero de 1984, en la que, tras precisar que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental establecido precisamente para garantizar el ámbito de privacidad de una persona dentro del espacio limitado por ella elegido y que ha de caracterizarse por estar exento e inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública, define el domicilio como *“cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aun ocupada temporal o accidentalmente”*⁷⁸. En consecuencia, trata de protegerse el específico espacio físico en el que la persona vive sin estar sujeta a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima, como emanación específica de su personalidad.

La asignación a un lugar cerrado del carácter de domicilio, con la protección constitucional que ello comporta (ex artículo 18-2 de la norma fundamental), *se vincula a la presencia de indicios que refrenden su utilización como morada con independencia de su sencillez o modestia, estado de conservación del mismo y número y distribución de los enseres en su interior existentes*⁷⁹.

B) Supuestos legitimadores de la invasión domiciliaria. En especial, la flagrancia delictiva

En todo caso, la invasión del domicilio puede tener lugar por consentimiento del titular⁸⁰, acto volitivo que se exterioriza de forma expresa o tácita, supuesto este último que deber ser interpretado de manera restrictiva, en atención al paradigma *in dubio libertatis*; por la presencia de un acto judicial que avale la entrada y registro para obtener fuentes de prueba de un ilícito penal⁸¹ o por la concurrencia de una situación de flagrancia delictiva.

78. Así STS de 15 de diciembre de 1994; 19 de enero de 1995 y 31 de enero de 1995.

79. Así el TS conceptúa como domicilio una habitación dotada de puerta propia, en cuyo interior existía un mobiliario para sentarse y un televisor, sito en el interior de un edificio abandonado (sentencia de 15.12.1994; o la habitación de un hotel (sentencia de 15.02.1995) o los denominados domicilios móviles, bien remolcados, bien autotransportados (sentencia de 18.10.1996). En cambio, no constituye domicilio una casa abandonada, en estado ruinoso y con ausencia de mobiliario utilizada por los dos acusados para distribuir heroína (STS.31.10.1995) o una vivienda de aspecto descuidado en cuyo interior sólo existían herramientas y aperos de labranza (sentencia de 19.01.95) o el taller de trabajo, tienda o almacén (STS de 30.09.95).

80. Establece el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependen para que el mismo pueda tener efecto sin invocar inviolabilidad que la CE le reconoce.

81. Auto que debe ser específicamente motivado con indicación expresa del domicilio a registrar así como del objeto del registro, debiendo limitarse la diligencia a la recogida de los efectos o instrumentos que tengan relación directa con el delito investigado.

Por ser el supuesto que presenta mayores dificultades, en el ordinario actuar de la policía, va a realizarse un específico estudio de la flagrancia delictiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 341/93 que declara contrario el contenido esencial del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el concepto legal de flagrancia diseñado para los delitos de tráfico de drogas por el artículo 25-2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, con ocasión de recursos de casación interpuestos frente a sentencias emitidas por las Audiencias, en procesos penales en los que se habían introducido como prueba registros domiciliarios efectuados por agentes de la autoridad al amparo de lo previsto en el precepto legal abrogado por el máximo intérprete de la Constitución.

A estos efectos, el Alto Tribunal *define la flagrancia como la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito*, o como la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente, siendo así conocida directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor, percibiéndose al tiempo la relación de este último con la ejecución del delito y dándose evidencias patentes de tal relación⁸².

El concepto nuclear de la flagrancia delictiva gira en torno a dos elementos:

a) la percepción personal, por parte de los agentes de la autoridad, de la realización de un comportamiento por parte del titular del domicilio que denote la realización de un acto incardinable en una figura típica.

b) la necesaria intervención de los agentes de la autoridad para evitar el agotamiento del delito que se percibe; la desaparición del objeto sobre el que recae el comportamiento típico; la inutilización de los instrumentos utilizados para su comisión o la fuga de los autores.

Centrándonos en la percepción personal por los agentes de la autoridad de la realización por el titular dominical de un acto típico, debe significarse que:

– *la percepción puede realizarse a través de cualquiera de los sentidos*, aunque la vista sea el instrumento de percepción habitual, como se infiere del examen de los supuestos fácticos sometidos al juicio jurisdiccional⁸³.

82. STS de 5.12.1994 ó 28.12.1994.

83. Así, en la sentencia del TS de 4 de febrero de 1994 los policías, que realizaban labores de observación en la fachada posterior de la vivienda vieron cómo la acusada, que había detectado la presencia de policías en la fachada anterior, arrojaba un bote conteniendo heroína que cayó en un patio colindante y en la STS de 5 de diciembre de 1994 los agentes de la autoridad observaron desde el exterior del edificio, a través de una ventana, cómo dos de los ocupantes de un bajo estaban cortando y envolviendo droga sobre una mesa. En cambio, en la STS de 31 de enero de 1995, si bien se niega el carácter de domicilio a una casa abandonada con ausencia de mobiliario en cuyo interior se encontraban dos personas manipulando heroína sobre una mesa de mármol, se afirma, como argumento de refrendo, que en dos casos los agentes de la autoridad estarían amparados por la presencia de un delito flagrante pues penetraron en el edificio tras oír desde la puerta, que se encontraba abierta, la conversación que se mantenía referida a la comercialización de la droga con un toxicómano que había penetrado instantes antes.

– *La percepción debe ser protagonizada por los agentes de la autoridad que proceden a la entrada y registro, sin que quepa invadir el recinto domiciliar por la transmisión de la percepción protagonizada por una tercera persona, por ejemplo, un vecino del inmueble que observa visualmente la realización de un acto transmisor de sustancia tóxica. Precisamente esta última posibilidad era abierta por el artículo 21-2 de la ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana al concepuar como delito flagrante “el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que en materia de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas castiga el Código Penal”.*

La fuente de conocimiento policial de la comisión de un delito de tráfico de drogas en el seno de un domicilio no partía de la percepción personal de la evidencia del delito que se estaba cometiendo sino de la obtención de un conjunto de hechos indiciarios que, en sí mismos, pudieran servir de asidero a la petición de un mandamiento judicial pero que, en ningún caso, permitía afirmar que la infracción se estaba cometiendo de una manera ostentosa o evidente. Por ello, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia 341/93, señala que la expresiones legales –conocimiento fundado y constancia– *“en cuanto no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia”* en la medida que *“el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia”*.

– *La percepción debe recaer sobre la persona del titular dominical, no sobre un tercero, ubicado extramuros de la vivienda. En concreto, en la STS de 28 de diciembre de 1994, se niega la concurrencia de la flagrancia delictiva en un supuesto en el que una persona, detectando la presencia policial, arroja unas papelinas de heroína al interior de una vivienda a través de una ventana, comportamiento observado visualmente por los agentes de la autoridad, razón por la cual proceden a la entrada, registro y cacheo del titular de la vivienda, en cuyo poder se encontraron varios gramos de heroína y cocaína. Se señala en la sentencia que quien fue percibido en una situación aparentemente delictiva fue el que arrojó las papelinas de heroína desde el exterior de la vivienda, mientras que el titular del domicilio estaba ausente de la zona de percepción directa policial, dentro del mismo y sin conexión alguna conocida con el delito supuestamente flagrante que determinó la decisión de la policía de invadir aquel domicilio... Por ello concluye “que aparece así tanto la entrada en el domicilio, como el cacheo de su titular y el ulterior registro de aquél, desconectados con una situación de flagrancia previa, en la que el que vio invadidos sus derechos hubiere sido sorprendido y directamente percibido en la ejecución actual o inmediatamente precedente de una acción delictiva, por lo que no concurría la excepción prevista para tales supuestos en el artículo 18.2 CE, que fue así vulnerado con la actuación policial descrita”.*

C) Ejecución de la diligencia de entrada y registro autorizada judicialmente

a) Papel del interesado

A la hora de delimitar el concepto de interesado el TS⁸⁴, ha tenido ocasión de señalar que como tal *debe reputarse el titular del domicilio en el que se verifica el registro sin que sea extensible tal concepto al resto de imputados en el proceso penal en cuyo seno se acuerda la medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio aunque la ejecución de tal medida puede alumbrar fuentes de prueba respecto a su participación en los hechos ilícitos investigados*. La presencia del morador es imprescindible, siempre que sea posible, incluso en los supuestos de privación de la libertad deambulatoria por detención.

b) Papel del Secretario Judicial

La redacción conferida al ordinal cuarto del artículo 569 LECrim por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (el registro se practicará en presencia del Secretario o, si así lo autoriza el Juez, de un funcionario de la Policía Judicial o de otro funcionario público que haga sus veces, que extenderá acta que firmarán todos los concurrentes) y la Ley 22/1995 de 17 de julio (el registro se practicará en presencia del secretario del Juzgado o Tribunal) ha dado lugar a la presencia de dos tipos diferenciados de registros domiciliarios en razón a la modalidad de ejecución del auto judicial habilitante, a saber:

a) El producido en presencia del Secretario Judicial.

b) El realizado sin asistencia del Secretario Judicial, cuando el auto de entrada y registro haya previsto la delegación (supuesto sólo acaecible en la entrada y registro efectuada al amparo de la Ley 10/1992 de 30 de abril).

En el primer caso (*asistencia del secretario judicial*) la diligencia, siempre que se realice en presencia del interesado o persona que lo sustituya, gozará del carácter de prueba preconstituida válida *per se* para permitir la fijación formal en el juicio histórico de la sentencia de los efectos, objetos e instrumentos intervenidos en la sede domiciliar⁸⁵.

En el segundo caso (*ausencia del secretario judicial con actuación como fedatario del agente policial específicamente delegado por el juez instructor*) al carecer el funcionario policial de fe pública judicial, la diligencia extendida ostentará el carácter de mero acto de investigación que requerirá, para su elevación a la condición de prueba, de la presencia de los funcionarios actuantes en el acto de juicio oral, donde depondrán como testigos contestando las preguntas de las partes acusadoras y acusadas⁸⁶.

84. Por todas, sentencia de 10 de diciembre de 1994.

85. STS de 8 de febrero de 1995.

86. STS de 22 de abril de 1994; 17 de mayo de 1994 y 8 de febrero de 1995.

V. IRREGULARIDADES EN LA OBTENCION DE FUENTES DE PRUEBA: EFECTOS JURÍDICOS

1. Planteamiento: rango de la norma jurídica infringida

La conceptualización de los derechos humanos como elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional⁸⁷ conlleva que el sistema normativo regule específicamente los supuestos en los que cabe restringir un derecho fundamental, en aras a posibilitar la búsqueda y recogida de fuentes de prueba así como el modo en el que se debe desenvolver la actividad investigadora que incida en el campo de expansión de un derecho fundamental.

Sin embargo, mientras la delimitación de los supuestos en los que cabe la restricción de un derecho fundamental en aras a favorecer una investigación de un hecho delictivo se realiza en el propio texto constitucional (así el derecho a la inviolabilidad del domicilio no impide su entrada y registro cuando lo autorice un juez o se produzca una flagrancia delictiva; el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas puede ser enervado por una resolución judicial), la vertebración del modo en el que debe desenvolverse la autoridad pública que protagoniza la investigación, que incide en el ámbito de un derecho fundamental, se contiene en la legislación de signo ordinario (así la presencia del Secretario Judicial en la diligencia de entrada y registro en el domicilio).

Por ello, en la latente tensión entre la búsqueda de la verdad material, como finalidad teleológica del proceso penal, y el respeto a los derechos subjetivos de los ciudadanos, deben diversificarse los efectos jurídicos anudables a la obtención de fuentes de prueba, vulnerando los requisitos contenidos en la norma básica del ordenamiento jurídico, de las consecuencias predicables de la obtención realizada respetando el abanico de restricciones instituidas en la CE, pero obviando requisitos impuestos por la legislación infraconstitucional. Esta distinción ya fue plasmada en la STC 114/84 al afirmar que los derechos del ciudadano pueden ceder ante la exigencia de obtención de la verdad “cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de Derechos Fundamentales que traen causa directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto, puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

2. Vulneración de los requisitos instituidos por la Constitución

Como planteamiento general, la vulneración en el iter de obtención de fuentes de prueba de las normas instituidas por la Constitución, en garantía de un derecho fundamental, generará la nulidad de pleno derecho del acto en tales condiciones realizado que se extenderá incluso a otras fuentes de prueba, en sí mismo lícitas pero derivadas de la información obtenida del acto nulo (*efectos derivados o reflejos de*

87. Por todas, STC de 14 de julio de 1981.

la prueba prohibida). Permitir la eficacia jurídica de tal modo de obtención de una fuente de prueba supondría privar de sentido al proceso debido o con todas las garantías, al que se hace referencia en el artículo 24-2 CE. De ello ha sido consciente el legislador al introducir, siguiendo la línea marcada por la STC 114/84, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que preceptúa que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

La ubicación de la teoría de los efectos derivados de las prohibiciones probatorias en el artículo 11 LOPJ ha sido plenamente asumida por la jurisprudencia del TS, cuando señala, *en relación al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*⁸⁸, que “*la falta de resolución judicial implica la inexistencia de la condición legitimante a la invasión del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y la diligencia de entrada y registro que se practique sin la misma y las pruebas resultantes de la diligencia devienen ilícitas, no pueden surtir efecto alguno en el proceso y contaminan las restantes diligencias que de ella deriven directa o indirectamente por ser prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales y por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes y con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”; en referencia al *derecho fundamental al secreto de la correspondencia postal*⁸⁹, de que la apertura de un paquete postal sin autorización judicial “*adolece de toda garantía y como prohibida e ilícitamente obtenida, contrariando el derecho fundamental de inviolabilidad del secreto de las comunicaciones postales, ínsito en el de la intimidad, según el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de reputarse nula con carencia de todo efecto probatorio, extensible a las posteriormente practicadas y que traen causa de la misma y que por ella quedan contaminadas, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes*”, y, con ocasión del *derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas*⁹⁰, “*que una vez que se ha establecido que la intervención telefónica vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento acusatorio o de cargo, que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, carece de valor probatorio*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional tras señalar⁹¹ que “*la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones*

88. Sentencia de 20 de diciembre de 1994.

89. Sentencia de 24 de diciembre de 1994.

90. Sentencia de 23 de enero de 1995, haciendo propia la doctrina contenida en el auto de 18 de junio de 1992 y la sentencia de 25 de junio de 1993.

91. STC 85/94.

de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, ha elaborado una doctrina sobre los efectos contaminantes de la prueba ilícita únicamente referida a las intervenciones telefónicas, afirmando que “la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas”⁹².

La cuestión, entonces, queda circunscrita a la tarea de deslindar, en cada caso, la existencia de un nexo causal entre la prueba obtenida con vulneración del sistema constitucional y la prueba construida con arreglo al sistema legal cuya raíz se encuentra en la fuente de conocimiento suministrada por la prueba prohibida. En este ámbito, la labor de discernimiento corresponde a los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria, si bien el Tribunal Constitucional, en su labor de tutela del derecho a un proceso debido o con garantías, ha tenido ocasión de señalar⁹³ que “los efectos invalidantes de una diligencia de prueba obtenida con ablación de un Derecho Fundamental no se extiende a la declaración inculpatoria del propio acusado aunque el contenido de la mentada declaración se encuentre mediatizado por el hallazgo de los efectos incriminatorios realizado a través de la diligencia nula, pues la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención”. Por ello, acreditado que la declaración del acusado se verificó con arreglo a las garantías contenidas en la legislación procesal, constituye un medio racional y legítimo de prueba cuya apreciación por los órganos judiciales en absoluto determina la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

3. Omisión de los requisitos establecidos por el legislador

Por el contrario, la presencia del requisito diseñado por el legislador constituyente para restringir un derecho fundamental (auto motivado en el que se aprecie la necesidad y proporcionalidad de las medidas invasivas) permite que la vulneración de los requisitos contenidos en la legislación ordinaria, si bien priva de eficacia probatoria al acto de obtención de fuente de prueba, no impide su fijación formal en el juicio histórico de la sentencia a través de su introducción por un medio de prueba distinto, en ningún caso contaminado por los efectos expansivos de la nulidad del acto previo.

Así, la jurisprudencia del TS ha tenido ocasión de señalar que la ausencia de secretario judicial en la entrada y registro en un domicilio autorizada judicialmente priva del carácter de prueba preconstituida a la diligencia en tales condiciones efec-

92. STC 49/1996.

93. STC 84/95, pronunciado en un supuesto en el que, a través de una intervención telefónica verificada sin autorización judicial, los agentes policiales tienen conocimiento de que se va a proceder al transporte de haschis en el seno de un vehículo de motor, procediendo a su interceptación, con el consiguiente descubrimiento de la droga.

tuada, pudiendo acreditarse la presencia de los efectos, objetos o instrumentos en el interior del domicilio a través de la declaración del inculpado o de los testigos salvo los provenientes de los agentes policiales que participaron como delegados del juez instructor en la diligencia⁹⁴.

En lo atinente a la intervención de la correspondencia postal realizada con autorización judicial pero sin observancia de los requisitos legales en su apertura, (citación del interesado y apertura por el juez instructor en presencia del secretario) cabe la acreditación de su contenido con la declaración inculpatoria del acusado o coimputado⁹⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ.(1990). *Derecho Procesal II. El Proceso Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio; (1995). "La prueba videográfica en el proceso penal", *Poder Judicial*, 38 (2ª época), 47-78.
- CLIMENT DURÁN, Carlos; (1993) "Sobre la intervención del secretario judicial en el registro domiciliario", *Poder Judicial*, 31 (2ª época), 41-58.
- DAVANA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel; (1993). *Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona.
- DE VICENTE REMESAL, Javier; (1990). "Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos", *Poder Judicial*, 17 (2ª época), 159-173.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo;(1993). "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", *Poder Judicial*, 32 (2ª época), 19-37.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel; (1995). *Intervenciones corporales y Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid.
- GIL HERNÁNDEZ, Ángel; (1996). "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", *Actualidad Penal*, 44, 865-911.
- GIMENO SENDRA, Vicente; (1996). "Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", *La Ley*, 4024, 1-6.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; (1990). *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales*, Madrid.

94. Tras una etapa de indefinición jurisprudencial respecto a la posible utilización como prueba de cargo de las incidencias acaecidas en el seno del registro del domicilio, del testimonio de los agentes policiales que actuaron como delegados judiciales, la doctrina del TS, desde la sentencia de 31 de marzo de 1992, se muestra conteste en imposibilitar su utilización aduciendo que resulta contradictorio admitir la sanción de la ausencia de un requisito legal mediante la declaración de los que han llevado a cabo la actuación irregular.

95. STS de 20 de diciembre de 1994.

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; (1993). "Entrada y registro en el domicilio", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 117-130.
- LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás; (1993). "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 81-113.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José; (1993). "Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 261-287.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José; (1996). "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez", *Perfiles del Derecho constitucional a la vida privada y familiar. Algunos supuestos de conflicto en particular*, (inédito).
- LUZÓN CUESTA, José María; (1991). "Valor de las pruebas obtenidas en el proceso penal mediante registros domiciliarios efectuados por la policía, con especial referencia a la exigencia de intervención del secretario judicial en los realizados previo mandato judicial", *Poder Judicial*, 24 (2ª época), 85-101.
- MONER MUÑOZ, Eduardo; (1993). "Las intervenciones corporales", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 165-181.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María; (1993). "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 291-333.
- PAREJO ALONSO, Luciano; (1996). "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones", *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar. Algunos supuestos de conflicto en particular*, (inédito).
- PASTOR BORGOÑÓN, Blanca; (1993). "La prueba ilegalmente obtenida", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 185-214.
- PECES BARBA. (1976). *Derechos Fundamentales*. Guadiana de Publicaciones SA. Madrid.
- PEDRAZ PEÑALVA, Ernesto y ORTEGA BENITO, Victoria; (1990). "El principio de la proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana", *Poder Judicial*, 17 (2ª época), 69-89.
- REBOLLO VARGAS, Rafael; (1994). "Policía y Derechos Humanos", *Poder Judicial*, 34 (2ª época), 201-215.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; (1992). "Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales", *Poder Judicial*, 25 (2ª época), 49-81.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Alvaro; (1996). "Los derechos fundamentales; derechos subjetivos y derecho objetivo", *La Ley*, 4000, 1-2.
- ROMEO CASABONA, Carlos M.; (1993). "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", *Poder Judicial*, 31 (2ª época), 163-204.
- RUIZ VADILLO, Enrique; (1992). "Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente". *Poder Judicial*, 25 (2ª época), 83-93.
- RUIZ VADILLO, Enrique; (1993). "Principios generales. Legalidad, Proporcionalidad, etc.", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 29, 11-57.
- SANZ MARQUES, Luis y ALMELA VICH, Carlos; (1996). "Reflexiones sobre la prueba en el proceso penal", *Actualidad Penal*, 33, 617-644.

TASENDE CALVO, Julio; (1991). "Notas al proyecto de ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal", *Poder Judicial*, 23 (2ª época), 105-112.

VARELA AGRELO, José A.; (1996). "El cuerpo humano como medio de prueba; en especial, las intervenciones corporales", *Boletín Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1772, 1996, 5-29.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

163 - 209

ESPAINIAKO KODE PENAL BERRIA: ARDATZ NAGUSIAK ETA OINARRIZKO EDUKIAK

José Luis de la CUESTA ARZAMENDI

*Zuzenbide penalaren Katedraduna
Euskal Herriko Unibertsitatea*

Laburpena: 1978ko Konstituzioak argi erakutsi zuen Kode Penal berri baten premia, egoera politiko, sozial eta juridiko berrira egokituko zena, ordura arte zegoenaren sustraiak aurreko mendeko lehen erdi-koak baitziren, nahiz eta zenbait aldaketa eginak zituen. Perfektoa izan ez arren, kode berria, 1995ean onartua, gizarte modernoak arlo kriminalean eta penalean dituen beharrezanein oinarrian erantzuteko nahikoa dela esan dezakegu.

Resumen: La Constitución de 1978 evidenció la urgencia de un nuevo Código Penal que se adecuara a la nueva situación política, social y jurídica, máxime si tenemos en cuenta que el antiguo, aún con modificaciones, hundía sus raíces en la primera mitad del siglo pasado. Sin ser perfecto, puede decirse que el nuevo código, aprobado en 1995, responde, en lo esencial, a las necesidades de una sociedad moderna en el ámbito criminal y penal.

Summary: The 1978 Constitution has posed the urgency for a new Penal Code which adapts to the new political, social and judicial situation, all the more so if we take into account that the former Constitution, even with modifications, embedded its roots within the first half of the past century. Without being perfect, it could be said that the new Code, passed in 1995, responds, in the essential matters, to the requirements of a modern society in the criminal and penal sphere.

Résumé: La Constitution de 1978 a mis en évidence l'urgence d'un nouveau Code Pénal qui s'adapte à la nouvelle situation politique, sociale et juridique, à plus forte raison si nous tenons compte du fait que l'ancien Code, toujours exposé à des modifications, était enraciné dans la première moitié du siècle dernier. Sans être parfait, on peut dire que le nouveau code, adopté en 1995, répond essentiellement aux nécessités d'une société moderne en matière criminelle et pénale.

Auszug: Die Gesetzgebung von 1978 machte deutlich daß man sehr schnell ein neues Strafgesetzbuch braucht, was sich besser an die heutige politische, soziale und juristische Situation an paßt, vor allem wenn wir berücksichtigen daß die alte Gesetzgebung selbst mit Änderungen noch aus die erste Hälfte des vorigen Jahrhunderts stammt. Ohne vollkommen zu sein, können wir sagen daß das neue Strafgesetzbuch wesentlich an die Bedürfnisse einer modernen Gesellschaft beantwortet auf straf- und verbrecherisch Gebiet.

I. SARRERA

1978an Espainian Konstituzio berria onartu zen eta askatasunean oinarritutako sistema politikoa eta estatuko egituraren aldaketa eragin zituen arren, ez zuen eragin, ordea, zigorrei buruzko testurik garrantzitsuenaren berehalako aldaketa, antzina gertatu ohi zen bezala. Kode Penal aldatzeko lehenengo proiektua UCDe aurkeztu zuen 1980an Gorteetan¹; 1983an gobernu sozialista berriak orduan indarrean zegoen Kodearen aldaketa sakona egitea erabaki zuen, eta, Kode Penal Berriaren Aurreproiektuaren Proposamena egitea agindu zuen arren, 1992ra arte ez zuen aurkeztu proiektua (Parlamentuan ordurako behin baino gehiagotan aldatu zuten Kode zaharra). Baina 1994an, hauteskundeak egin ondoren, beste proiektu bat aurkeztu zuten Parlamentuan; ez zuen inork uste proiektua onartu egingo zenik, gobernu nahiko ahula zen-eta, baina hala ere 1995eko azaroaren 8an onartu egin zuten². Testu berria bederatzigarren Kodea zen 1822an zigorrak kodifikatzen hasi eta lehenengo Kodea egin zenetik³ Estatuko Aldaizkari Ofizialean argitaratu eta seigarren hilabetean jarri zen indarrean eta behin betiko ordeztu zuen Kode Penal zaharra, oinarri-oinarrian 1848ko Kodea zena.

Ezin uka dezakegu Kode berria onartzea garrantzia handikoa izan dela. Bai zuzenbidearen arloan, bai politikaren eta gizartearen arloan, Kode berria garrantzi handikoa da, Konstituzioaren “ezezkoa” da eta⁴. Izan ere, Konstituzioan herritarren eskubideak eta askatasuna defendatu dira, era positiboan baieztatu dira, eta Kode Penalean, ordea, askatasun horren mugak zehaztu dira, legezkoa denaren mugak zehaztuz. Kodeak duen garrantzi hori da, hain zuzen ere, Kodea oso gutxitan aldatzearen arrazoia. Baina, hala ere, Espainian begi bistakoa zen Kode berria egitearen beharrezan, eta horren arrazoi bakarra ez zen indarrean zegoen Kodearen oinarriak joandako mendearen lehenengo erdikoak izatea, bazegoen aldaketarako arrazoi gehiago ere; premia larria zegoen edukiak egokitzeko, bai

1. Egia esan, Kode Penal berriaren aurreproiektuarekin lanean hasteko ideia Konstituzioa onartu aurretik sortu zen. ALVAREZ GARCIAk eta LUZON PEÑAK gogorarazi digutenez Justiziako ministroa, Landelino Lavilla, izan zen 1978ko apirillean Kode berria idazten hasteko agindua eman zuena. F. ALVAREZ GARCIA, “Prólogo a la primera edición”; F. J. ALVAREZ GARCIA eta BESTE BATZUK, *El Código Penal de 1995. Edición anotada y concordada*, Valentzia, 1995, 15. or.. D. M. LUZON PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madril, 1996, 124. or..

2. L. GARCIA FERNANDEZek egindako “Crónica parlamentaria”rako ikus TAPIAREN monografiko berezia, *Código Penal*, Madril, 1996. Ikus ere D. LOPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARANen aipamenak, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario el texto y al debate parlamentario*, Madril, 1996.

3. F.J. ALVAREZ GARCIA, “Algunas consideraciones críticas en torno al Código Penal de 1995” *Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2. garaia, 1. zbkia., urtarrila/martxoia 1996, 99. or..

4. Nire ustez esamolde hori “Konstituzio negatiboa” esatea baino egokiagoa da. Hori horrela erabili izan da 1995eko Kode Penal berriaren arrazoiak aurkeztu ziren arte.

Konstituzioaren balore eta printzipioei⁵, bai herrialde moderno bateko egoerei dagokienez, eta hori ezin zitekeen lortu testu zaharretan aldaketak eginez edo partxeak jarritz.

Ikuspuntu horretatik eta argi egon arren Kode berria ez dela “perfektua”⁶ eta egiteko erabili duten prozesuak merezi dituen kritikak⁷ baztertu gabe, Kode Penal berria “nahiko ondo egokitu zaio Konstituzioari”⁸, balore demokratikoak errespetatu eta defendatu egiten ditu⁹, eta, orokorrean, akats batzuk badituen arren¹⁰, erantzun hobea eman dio egungo politika kriminal eta penalarari.

Baina, lehenago ere esan dudan legez, ez dira gutxi Kode Penal berriko akatsak. Gizakiek egiten dituzten lan guztietan beti izaten dira zenbait akats, baina, hala ere, eta kontuan izan gabe akats teknikoak, Kode berrian badira beste zenbait akats, hala nola, zati orokorreko xedapenen eta delituen edukietan agertzen direnak. Horren adibide argiak dira ez-egiteko delituaren arautzea (11. artikulua), kondenak oso-osorik egiteari buruzko araua eta zenbait gaitan aldatu ez dituzten irizpide kriminalak, esaterako, eutanasia eta drogen arloan (norabiderik gabeko errepresioa mantendu eta areagotu egin da) eta, batez ere, Ordezko Zerbitzu Sozialaren intsumisioaren kasua.

Aurrekoaren ildo beretik, badira ere beste zenbait gabezia Kode berrian; ez dute kontuan izan epailearen alboan kriminologoa jartzea. Hala ere, zeinbat erabaki hartu aurretik epaileak “txostenak” izan behar ditu eta horien artean garrantzia berezidunak izan behar dira txosten kriminologikoak, hala izan beharko litzateke behintzat. Bestalde, ez ditu behar aina aprobetxatzen biktimologiaren eza-gupenak. Kontuan izan du biktimari kalteordaina ematea erantzukizun kriminalaren aringarri bezala (21. artikulua) eta, gainera, jarrera hori derrigortzat jotzen du zigorra kentzeko edo aldatzeko¹¹. Baina, hala eta guztiz ere, biktima, oraindik ere, gertaera bateko subjektu pasiboa da; gertaera hori jazarri egin behar da beste maila batean eta sortutako kalteak eta arauhausteari atxikitutako kalteak konpondu egin behar dira. Kaltea konpontzea eta kalte-ordainak erantzule kriminalei edo erantzule

5. J. M. VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *Código Penal y Leyes penales especiales*, Iruñea, 1996, 13. or..

6. F. ALVAREZ GARCIA, “Prólogo...”, 16. or.; T. S. VIVES ANTON, “Prólogo”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, I. liburukia, Valentzia, 1996, 7. or..

7. F. J. ALVAREZ GARCIA, “Algunas consideraciones críticas...”, *aip.*, 102. or. eta ondorengoak.

8. G. QUINCERO OLIVARES (F. MORALES eta M. PRATS CANUTen laguntzarekin), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Bartzelona, 1996, 225. or.. Antzera, T.S. VIVES ANTON, *aip.*, 7. or..

9. J. M. MUÑIZ, “Prólogo”, *aip.*, 12. or..

10. Antzeko eran, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *Código Penal. Texto íntegro de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que aprueba el nuevo Código Penal*, madril, 1995, XVII. or.; J. M. MUÑIZ, “Prólogo”, *aip.*, 13. or..

11. Biktimologiak zigorra kentzeko edo aldatzeko duen garrantziari buruzkoa, E. LARRAURI, “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, *Jueces para la Democracia*, 25, 1996, 55. or..

zibil ordezkatzailerik dagokie, baina, gauza bitxia, horien artean ez dago estatua, nahiz eta delitua bortizkeriazko delitua izan¹², bai ordea 1848ko Kode zaharrean¹³. Aipatutako ikuspuntuarekin bat etorriz, ez zaio irtenbide berririk eman zigorrari (ez eta zigorraren eskuhartzeari); ez da izan kontuan delitua dela-eta sortu den arazoa konpontzeko era izan daitekeela delitugilearen eta biktimaren artean bakeak egitea¹⁴.

Edonola ere, eta esanak esan, Kode berriaren izaera modernoa da, teknika-ren ikuspuntutik aurrekoa baino hobea da eta egungo babes penalaren beharriari hobeto egokituta dago. Horren adibide dira Zuzenbide Penalaren oinarriko printzipioetan eta bermeetan zehaztutakoa eta Zati Orokor eta Bereziaren zenbait pasarte.

II. KODE PENAL BERRIKO PRINTZPIO OROKORRAK

1. Legezketasunaren printzipioa

Kode Penal berriaren helburu esplizituak eskuhartze penalaren printzipioak eta Konstituzioa egokitzea dira; Aurretiko titulutik hasita (zigor-arauen ezartze-ari eta bermeei buruzkoa) ikusi ahal izan dugu helburu hori lortzeko egin den ahalegina, batez ere legezketasunaren printzipioari dagokionez.

Printzio hori bai delituei bai zigorrei aplikatu dakieke, krimenaren, zigorraren, eskumenaren eta betetzearen berme bezala, Kode berriko lehenengo hiru artikuluei jarraituz¹⁵. Zigor-lege onuragarrien kasuan atzera-eragina onartzen da, baina horren salbuespena dira behin-behineko legeen ezartzeak, besterik ez bada zehazten behintzat (2,2. artikulua). Ordea, ez da onartzen aldeko parekotasuna aintzina-ko proiektuetan bai onartzen zen, baina interpretazioa eginez bai onar

12. Hala ere, abenduaren 11ko 35/1995 Legean, delitu bortitzen eta askatasun sexualaren kontrako delituen biktimei laguntza emateari buruzkoan, aurreikusten dira biktimei eman beharreko herri-laguntzak delituen emaitza heriotza, gorputzeko lesio larriak edo osasun fisiko edo buruko osasunaren kontrako kalteak direnean. Era berean, lege horretan delitu sexualen biktimei eman beharreko laguntza psikologikoa eta soziala ere aurreikusten dira, berdin da erasoan indarkeria erabili den edo ez. Terrorismoaren biktimentzat ere badude herrilaguntzak.

13. 1848ko Kode Penaleko 123. atalean zehaztuta zegoen zein kasutan eta zenbateko laguntza eman behar zion estatuko delitu edo hutsegite baten ondorioz kaltetuta suertatzen zenari, egileek edo gainontzeko erantzuleek kalteordaina ordaintzeko erarik ez zutenean. G. LANDROVE DIAZ, *Victimología*, Valentzia, 1990, 109. or..

14. konpontzea delaeta 112. atala ulertzeko erei buruz, R. BONA, "El cumplimiento de las penas a partir del nuevo Código Penal", *Jueces para la Democracia*, 25, 1996. Ikus ere F. GONZALEZ VIDO-SA eta P. STANGELAND, "La oficina de ayuda a la víctima: sugerencias concretas", *Boletín criminológico*, 20, 1996.

15. G. LANDROVE DIAZ, *Introducción al Derecho penal Español*, 4. arg. berrikusia eta eguneratua M. D. Fernández Rodríguezekin, madril, 1996; L. MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Madril*, 1996; M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, I. liburuzka, Bartzelona, 1996.

daitekeenez, aurrerantzean istilua egongo dira Kode berriko 4-1. eta 3. artikuluan zehatzmehatz zehaztutakoarekin¹⁶.

2. Egozte subjektiboaren printzipioa

Printzipio horren arabera debekatuta dago emaitzagatik erantzule egitea norbait (1983an egin zen erreformatik aurrera izan da kontuan hori) eta beharrezkoa da dolo edo arduragabekeria izatea erantzukizun kriminala antzemateko (5. eta 10. artikulua). Ikuspuntu hori egozte subjektiboaren printzipioaren oinarria da edo, doktrinako gehintzat, *erruduntasunaren printzipioarena*.

Segurtasun neurriei dagokienez, horiek zehazteko derrigorrezkoa da oinarritze delitutzat jotzen den gertaerak sortutako arrisku kriminalean (6. artikulua).

3. Beharrianaren printzipioa

Beharrianaren printzipioari dagokionez, horren betetzea hobeto ikusten da Zati Berezian agertzen diren delituetarako eskuhartze penalean eta delitu horietarako zehazten diren zigorretan. Hala ere, Kode berrian zehaztutakoak ez dakar beti eskuhartze penalaren arintzea.

Hala ere, Zati Orokorreko ikuspuntutik, zenbait elementu legegileak dituen aukeren adierazle dira. Horren adibidea da ondorengo kasuetan sistema orokorra ezarri beharrean sistema zehatza ezartzea. Kasu horiek honako hauek dira: arduragabekeriaren (12. artikulua)¹⁷ eta prestatze-ekintzaren leporatzea (17,3. eta 18,2. artikulua), zigorren (eta horien ordezkoen)¹⁸ sistema berria edo segurtasun-neurriak erabiliz eskuhartzeak murriztea ezin izango dira izan ekintza berari ezarri dakioken zigor abstraktua baino larriagoak edo iraupen luzeagokoak, ez eta egilearen arriskugarrtasuna zuzentzeko beharrezko litzatekeena baino handiagoak (6,2. artikulua). Horrek guztiak argi adierazten du Espainiako legigileek joera dutela Zuzenbide Penala azken aukera bezala erabiltzeko (esan dugun legez ez da beti horrela adierazten Kodeko Zati Berezian).

16. Hala ere, D. LOPEZ GARRIDO eta M GARCIA ARANen iritziz posible da “onarpen doktrinala”, parekotasunaren debekua bermearen ikuspuntutik ulertzen bada. *El Código Penal de 1995...*, aip., 41. or..

17. L. M. VALLE GOMEZ, “Tratamiento de delitos y faltas por imprudencia en la moderna reforma penal en España”, *La Ley*, 4023 zbkia., 1996.

18. M. I. SANCHEZ GARCIA, “El sistema de penas”, *La Ley*, 4010, 4011 eta 4012 zbkia., 1996ko apirilko 8, 9 eta 10; J. ROBLEDO RAMIREZ, *Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales. Estudio de su regulación en España y México*, Madril, 1966; I. SERRANO BUTRAGUENO, *Las penas en el nuevo Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Doctrina, jurisprudencia, Derecho comparado y casos prácticos*, Granada, 1996.

4. Gizatasun printzipioa

Espainiako Zuzenbide Penal komunean eta militarrean heriotz-zigorra kenduta dagoenez (gerra garaian ere ez zegoen horrelakorik)¹⁹ eta betiko kartzela-zigorrik ere ez dagoenez²⁰, Kode berrian printzipio hori beharrianen printzipioa betetzeari bideratuta dago. Adibidez, askatasuna kentzen duten zigorren iraupena laburtzea, beste aukera batzuk edo ordezkotzat batzuk aurreikustea edo segurtasun-neurrien arloan mugak zehaztea. Horiez gain, kontuan izan behar dugu tortura edo osotasun moralaren aurkako delituen aurreikuspena (173-177 artikulua).

Gizatasun printzipioari buruz hitzegiterakoan gai nagusia beti izaten da delitugileak duen tratuta Kode Penalean. Baina Kode Penalak benetan zaindu nahi baditu ekintza deliktiboak jasan dituztenen interesak eta benetan onbera izan nahi badu, ez du ahaztu behar biktima; biktima ere kontuan izan behar da Kodean alde batetik ikusi egin beharko litzateke biktimak berak delituan izan dezakeen zerkusia eta, bestetik, kontuan izan beharko litzateke biktima asetzeko, kaltea konpontzeko edo behar duen laguntza emateko beharrezana. Baina Kode berria egiterakoan ez zaio inolako jaramonik egin biktimologiari, eta aipatutako gaiak ez dira agertzen Kodean. Horrela, bada, testu berria tradizionalistegia da aldaketa batzuk egin diren arren erantzukizunaren aringarrien arloan edo zigorrak kendu edo ordezkotzat jartzeko arloan.

III. ZATI OROKORRA²¹

Zati Orokorreko arauetan I liburua hamar bloketan banatu da (10-173 artikulua): arau-hauste penala, erantzukizun kriminala duten pertsonak, zigorrak, segurtasun-neurriak, erantzukizun zibila, ondorio gainerako ondorioak, erantzukizun kriminalaren desagertzea.

1. Arau-haustearen teoria

Aurreko testua albo batera utziz, Kode berrian *arau-haustea*²² hiru zatitan banatu dira aurreikusitako zigorren larritasunaren arabera: delitu larriak, delitu ez hain larriak eta hutsegiteak (13-33 artikulua).

19. Azaroaren 27ko 11/1995 LO.

20. Hala ere, 78. atala Espainiako zuzenbidean betiko gartzelazigorra sartzeko era dela esan dute. M. I. SANCHEZ GARCIA, "El sistema de penas (II)" *aip.*, 3. or..

21. I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, L. ARROYO ZAPATERO, N. GARCIA RIVAS, J. C. FERRE ELIVE, J. R. SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 4. arg. (M: I. Valdecabres Ortizen ardurapean), Valentzia, 1996; C. HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código Penal (Parte General y Especial)*, Madril, 1996, 21. or. eta ondorengoak; D. M. LUZON PEÑA, *Curso...*, *aip.*; S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4. arg. Bartzelona, 1996; F. MUÑOZ CONDE, M. GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, 2. arg., Valentzia, 1996.

22. Delituak edo arauhaustea dira legeak zigortu egiten dituen ekintza edo ezegite mingarriak edo arduragabekoak (10. atala).

Arautzeko klausula orokor bat²³ erabili da, *ez-egitezko komisiarena*, hain zuzen ere (11. artikulua); hau da, subjektuak delitua den ekintza bat egingo dela esaten ez duenean. 11. artikuluko testua ez dago batere ondo idatzita, bertan zehaztutakoa irakurtzerakoan arazo handiak sortzen dira, eta delituak ezegitezkoak izateko bi baldintza bete behar dirala ulertzen da: berdintasunaren irizpide materiala eta bermearen ziurtasuna. Izan ere, Kode berriko 11. artikuluan onartu egiten da emaitzeko delituak ezegitezkoari leporatzea, baldin eta argi badago ez dela ekiditu delitua, hau da, egilearen betebeharrak juridikoa berezia hautsiz delitua burutzea eragin duenean, legerean testuaren arabera. Baina badira bi kasu *ex lege*²⁴ jarduten duela Kodeak: bermearen kasuan (legeen edo kontratuen bidez ezarritakoa) eta injerentzien kasuan benetako onarpena dagoen kasuan izan ezik²⁵. Gauzak horrela, zaila da betebeharrak guztiak bateragarriak izatea, irizpideen oinarriak oso desberdinak dira-eta, eta ondorioz, baldintzetariko bat indarrak gabe gera daiteke, baldintza hori izanik garrantzitsuena. Aipatzen dugun baldintza hori egite aktiboaren eta ezegitezkoaren artean berdintasun materiala egotearen beharra da.

Errakuntzek ere aipamen berezia dute (14. artikulua). Zuzenbide Penalean errakuntza hau da: delitu bat ez jakitea eta delituari buruzko uste okerra izatea (tipo errakuntza) edo jokaera zuzena duen ustea izatea (debekuzko errakuntza). Errakuntza gaindiezinak ez du erantzukizun zibilik, koalifikazio soil bati egokitzen ez bazaio behintzat; kasu horretan, gaindiezina izan edo ez, ez da zilegi astun-garririk jartzea. Errakuntza gaindiezina bada eta arau-hauste penala den zerbaiti egokitzen bazaio (tipo errakuntza) zigorra jar daiteke arduragabekeriagatik, egin den deliturako arduragabekeria zigorgarria bada (Kode berriean ez dira arduragabekeria guztiak zigortzen). Errakuntza gaindiezina arau-hauste den ekintzaren ez legezkotasunari egokitzen bazaio (debekuzko errakuntza)²⁶ zigorra maila batean edo bitan jaisten da. Tipo errakuntza arau-hauste penala jasan duen ekintzari egokitzen zaionez, arazoak sortu dira arau-terminoekin egindako errakuntzak direla-eta, errakuntza horiek ez baitira ez tipo errakuntzak (egitezko errakuntza) ez eta debekuzko errakuntzak ere. Gauzak horrela, egungo doktrinaren eta jurisprudentziaren irizpideen arabera desberdinak dira tipo eta debekuzko errakuntzak eta ez dut uste aldatu egingo dituzten irizpideok; horrela, arauterminoen arloko errakuntzak ohiko ekintzak osatzen dituzten edozein elementuri egokitutako errakuntzen barnean sartuko dira.

23. F. J. ALVAREZ GARCIA, "Algunas consideraciones críticas...", *aip.*, 113. or..

24. Ikus komentarioa, D. LOPEZ GARRIDO eta M. GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, *aip.*, 48. or..

25. 14. ataleko azken partean honako hau dio; ondorio horietarako ekintzaren ezegitea parekotu egingo da: a) parte hartzea legean zehaztutako eginbeharra edo kontratuen bidezko eginbeharra denean; b) ezegitea egin duenak egoera arriskutsua sortu duenean juridikoki babestuta dagoen ondaserako egin duen ekintzaren edo ezegitearen bidez.

26. legigileak erabili duen hizkerari kritika; arauhauste penala den ekintzarengan egindako hutsegitea batetik, eta, bestetik, ekintzaren ezlegezkotasunarengan egindako hutsegitea. E. GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo", *aip.*, XXIII. or..

Kode Penal berrian zehatz agertzen dira *arduragabekeriaren eta zigorgarriak diren prestatzeekintzen* leporatzea (konspirazioa, proposamenak, probokazioa eta apologia)²⁷ eta *burututako delitua eta ahalegina* era orokorrean zigortzen ditu (15. artikulua). Ahaleginaren kasuan, egungo Kodean frustazioa ere ahalegina da, ez da era zuzenean zehazten zein izango den zigorra ahalegin ezegokiaren kasurako, ahalegin ezegokia ezinezkoa dirudien arren, ezin daiteke baztertu ekintza egin egingo delako aukera eta, hortaz, nahiz eta abstraktuan izan, arrisku bat da ondasun juridikoarentzat. 62. artikuluan zehazten denaren arabera ahalegin kasuetan ezarriko den zigorra burututako delituertarako legean aurreikusten den zigorra baino gradu bat edo bi txikiagoa izango da; hala ere, kontuan izan behar da ahaleginaren arriskua eta zenbateraino lortu den ahalegin hori egitea eta ahalegina guztiz ezegokia bada edo delitua ezinezkoa bada, ez da zigorrik ezarriko.

Ahaleginaren kasuan (prestatze-ekintzen kasuan ez da gauza bera gertatzen) kontuan du Kode berriak *delitu-abandonuaren* eragina; horretarako beharrezkoa da delituaren ekintza ekiditzea, bai hasita dagoen ekintzatik urrunduz, bai ekintzaren emaitzak galeraziz. Jarrera hori duenari ezin izango zaio leporatu erantzukizun kriminalik, baina hori horrela izateko beharrezkoa izango da burutu diren ekintzak ez izatea delitu edo falta (16,2. artikulua). Gauza bitxia den arren araua ez da bera partaidetza kriminalaren abandonu kasuetarako (16,3. artikulua); izan ere, kasu horietan nahikoa da ekintza galerazteko ahalegin serio, sendo eta segura egitea.

Erantzukizun kriminalaren salbuespenen arloan *adin txikitasun penala* aipatu da Kode berrian (19. artikulua) eta, adin hori hemezortzi urtetan ezarri da, adin nagusitasun zibil eta politikoarekin parekatuz. Ahala ere, hori, oraindik, ez dago indarrean. Kode berriko azken xedapenetatik zazpigarrenean zehaztu denaren arabera, derigorrezkoa da onartzea adin txikikoaren erantzukizun penala arautzen duen legea²⁸, eta, hori, oraindik, egitear dago. Horrela, bada, eta behin-behineko, puntu horretan Kode zaharra dago indarrean. Kode zahar horren arabera adin-nagusitasun penala hamazazpi urterekin lortzen da (8-2. artikulua) eta hemezortzi urterarte adinaren araberrako aringarritasun garrantzitsuak zehazten ditu

27. 17. atalaren arabera: 1. konspirazioa: bi pertsona edo gehiago elkartu egiten direnean delitu bat egiteko eta delitua egin egin behar dela erabakitzen dutenean. 2. proposamena: delitua egitea erabaki duenak beste bateri edo batzuei delitu hori egiteko gonbitea egiten dienean.

Bestalde, 18,1. atalaren arabera, probokazioa da inprenta, radiodifusio edo iragarriak egiteko antzeko eraginkortasuna duen beste edozein medio erabiliz edo laguntalde baten aurrean delitu bat egitera bultzatzen denean.

Apologia da (18,1 II. atala) jendaurrean edo difusiorako edozein mediotan hilketa edo hiltzileak goraiatzatzen dituztenen ideiak edo doktrinak azaltzea. Apologia delitua izango da probokazio era bat denean edo bere izaeragatik edo egoeraren arabera delitu egitera bultzatzeko era zuzena denean. Apologiari buruz, B. DEL ROSAL BLASCO, "La apologia delictiva en el nuevo Código Penal de 1995", *Cuadernos de Política Criminal*, 58 zbkia., 1996, 69. or. eta ondorengoak.

28. Hemezortzi urtetik berakoek egindako delituertaz arduratzen diren epaileek beren zerbitzura dauden teknikariek txosten bat eskatu behar dute. Txostenean honako hauek zehaztu behar dira: adin txikikoaren egoera psikologikoa, hezkuntza, sendiaren egoera, inguruko gizartearen egoera eta, orokorrean, leporatzen zaion ekintza zergaitik egin duen argitu dezaketen beste edozein egoera (aldi baterako xedapenetatik hamabigarrena). Ikus J. C. CAMPO MORENO, "Estudio de las disposiciones transitorias del Nuevo Código Penal", *Actualidad Penal*, 6/1996-05-12.

(9-3. eta 65. artikulua). Bertan zehaztu zenaren arabera adin tarte horretan posible zen zigorra betearazi ordez delitugilea erreformatiora eramatea jarrerak zuzentzea lortu arte (Kode zaharreko 65. artikulua)²⁹ eta zehaztu egin zen zein kasutan zuen erantzukizun zibila 16 urtetik beherakoak (20,1. eta 22 II. artikulua).

Salbuespenen arloan ere aldaketa garrantzitsuak daude (20. artikulua)³⁰.

Terminologiaren ikuspuntutik aipatzekoa da egin den termino aldaketa. Lehen “zoro” erabiltzen zen kasuetan, orain, ekintzaren ez legezkotasuna ulertzea edo ulerpen horren arabera jardutea eragozten duen “edozein anomalia edo aldaketa psikiko” aipatzen da³¹.

Horretaz gain, era esplizituan aurreikusten dira behinbehineko buruko arazoak, alde batera utzita edari alkoholikoen edo drogen eraginez guztiz intoxikatuta daudenen kasua; beti ere intoxikazioa ezin izango da nahita eragin, gero delitua egiteko. Arau-haustea aurretik pentsatugabea eta aurreikustezina izan behar da. Horien parean jarri dira sustantzia batekiko menpekotasuna dela-eta ustez abstinentzia sindromearen eraginean egindako arauhaustea³².

Bestalde, ez dira *salbuespen bezala* agertzen eutsi ezineko indarra³³ eta zor den esanekotasuna, eta berriztu egin da beldur gaindiezinaren formula; eremua zabaldu egin dute, desagertu egin baita Kode zaharrean derrigorrezkotzat jotzen zuten baldintza, hau da, beldurra sortutako gaitza delituak sortutakoaren parekoa edo handiagoa izatearen baldintza.

Gutxiago dira *aringarriak eta astungarriak*, baina horrek ez du esan nahi ez denik berririk sartu.

Aringarrien kasuan (21. artikulua)³⁴, Kode berrian kendu egin da baztertzearen nahia, 1983ko erreformaren ildo bera jarraitu da, eta, ordea, horien barnean sartu da alkoholarekiko edo drogekiko menpekotasun larria. Berezko damua bitan banatzen da errudunaren jokararen arabera:

29. T. GISBERT JORDA, “La entrada en vigor de la elevación de la mayoría de edad penal. Una nueva interpretación”, *La Ley*, 4011 zbkia., 1996.

30. Anomalia edo asaldura sikikoa eginkizunaren ezlegezkotasuna ulertzea oztopatzen duena edo nahiz eta ulertu horrekin bat datorren portera izaten oztopatzen duena; behinbehineko buruko arazok; alkohol, droga toxiko, estupefazianteak, sustantzia sikotropikoak edo antzeko ondorioak dituen beste edozein sustantzia hartzearen ondorioz sortutako intoxikazio osoa; abstinentzia-sindromea; jaiotzatik edo umetatik gauzak ulertzeko era asalduta izatea; bidezko defentza; beharizan-egoera; beldur gaindiezina; betebeharra izatea edo legez dagokizun eskubidea, ofizioa edo kargua betetzen egotea.

31. E. GIMBERNAT ORDEIGek kritikatu egin du arau hori, bere ustez “sektarismo doktrinala” da eta; erruduntasuna aukeramenean oinarritzen da eta bere ustez bada beste aukerarik, hala nola, erruduntasuna egilearen motibazioan edo motibazio gabezia oinarritzea. “Prologo”, *aip.*, XV. or.. Ikus ere J. M. MARTINEZPEREDA RODRIGUEZ, “La imputabilidad”, *La Ley*, 3957. zk., 1996.

32. J. HOMS SANZ DE LA GARZA, *Trastorno mental transitorio y drogas que inciden en la imputabilidad*, Bartzelona, 1996.

33. Horren alde, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Prologo”, *aip.* XIX. or..

34. guztizko *salbuesleak ez direnak*; haserrealdia edo itsukeria; arauhaustea egin dela aitortzea; kalteak konpontzea; beste antzeko edozein.

a) jardunpide judiziala bere kontra egingo dela jakin aurretik aitortzen duenean arauhaustea

b) epaiketa orala egin aurretik biktimari egindako kalteak konpondu egiten dituenean edo kalte horien eragina gutxitu egiten duenean.

Astungarrien artean (22. artikulua)³⁵ desagertu egin dira jakinaren gainean egotea eta maltzurkeriren eta nagusitasun gehikeriaren arloan bilduta zeuden beste batzuk. Era berean, astungarriak larriagoak izango dira arrazoiak arrazistak, antisemitak edo diskriminatorioak direnean. Aurreko Kodean arrazoi horiek pertsonen kontrako arau-haustek zirenean baino ez ziren hartzen kontuan, baina 1995ekoan, delitu edozein izanda ere, kontuan hartu dira.

Kode berrian ere *egoera mistoaren* barnean ahaidetasuna dago (23. artikulua)³⁶.

*Delituen eta hutsegiteen erantzukizun kriminala duten pertsonen*³⁷ sailkapena egiterakoan Kode berrian aldaketa bat egin da eta estalketa delitu mota berezi bezala zehaztu da. Orain arte, ekintzan parte hartzeko era bat zen (ezegokia), eta, hortaz, estalketa zigorgarria zen³⁸. Egilea ekintza egin duena da, berak bakarrik edo taldean egin dezake edo autoreak besteren bat erabil dezake tresna gisa (kasu honetan bitarteko) (28. artikulua); eta zigorra jartzerakoan egileak, eragileak eta laguntzaileak tratamendu bera dute.

Bitarteko baliabideak eta baliabide mekanikoak erabiltzen direnean eta erantzuleak egileak, eragileak edo zuzendariak direnean, erantzunkizuna araututa dago eta 30,2. artikuluan³⁹ zehazten den ordenean banatzen da erantzunkizuna.

Azkenik, zigorrei buruzko testu berrian formula berezia zehaztu da ohiko ekintzak leporatzeko (31. artikulua) eta horren arabera erantzunkizuna izatezko eta zuzen-

35. Maltzurkeria; moztorra, nagusitasun gehikeria edo tokiaren egoeraz, eguraldiaz edo bese batzuen laguntzaz baliatzea; prezioa, saria edo promesa; arrazoi biktimaren arraza, pentsakera, erlijioa edo sinismena, etnia edo arraza batekoa izatea, sorburua, sexua, sexuorientazioa, gaixotasuna edo minusbalia denean; basakeria, errudunak izaera publikoa izatea; bererrortzea.

36. Konstituzioarekin bat etorritik, J. SANCHEZ JUNO y I. SERRANO BUTRAGUEÑO, "La posible inconstitucionalidad de art. 11 CP (23 NCP)", *Actualidad Jurídica*, 1995-11-9.

37. J. A. CHOCLAN MONTALVO, "La autoría y la participación", *La Ley*, 3962. zk., 1996; M. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, "Autoría y participación", *La Ley*, 3984. zk., 1996.

38. R. DE VICENTE MARTINEZ, "La nueva regulación del encubrimiento en el Código Penal de 1995". *Actualidad Penal*, 1996-6-24/30.

39. 1) testuaren edo dena delakoaren benetako egileak edo eragileak; 2) argitalpenaren edo programaren zuzendariak; 3) argitaletxeko, enpresa igotzaileko edo enpresa hedatzaileko zuzendariak; 4) grabazioa, inpresioa edo erreproduzioa egin duen enpresako zuzendariak; ondorengo zenbakietan aipatzen direnei erantzukizunak eskatuko zaizkie, baldin eta ezineskoa bada aurreko zenbakietakoei jarraitzea (erantzukizun penalik ez duten kasuetan ezik).

bidezko⁴⁰ administrariari leporatuko zaio, baina ez pertsona juridikoen kasuan bakarrik, ustezko jarduera beste baten izenean egiten denean edo legez ordezkot denean edo bere borondatez ordezkot denean ere erantzule izango da, eta, gainera, maila berberean.

2. Delituaren ondorio juridikoak

Delituaren teorian arloan⁴¹ aldaketak garrantzitsuak izan diren arren, aldatetarik garrantzitsuenak⁴² zigorren eta segurtasunneurrien⁴³ arloan egin dira. Aldaketa horien helburuak hauek izan dira: zigorren eta segurtasunneurrien arloan sistema eraberritzea, horiek zehazteko eta aplikatzeko arauak erraztea eta beste konponbide batzuk aurkitzea. Hala ere, badude zenbait zailtasun arauetan eta nahasteak sortzen dira, batetik, zenbait zigorretan zigorren eta neurrien arteko bereizketa egiten delako eta, bestetik, zigorra edo zigorraren ordezkot zehazterakoan arriskugarritasunirizpideak erabili behar direlako⁴⁴.

A) Zigorrak

Kode Penalean hiru zigormota zehaztu dira: askatasuna kentzea, beste esku-bide batzuk kentzea eta isunak (32. artikulua).

a) Askatasuna kentzen duten zigorrak

Askatasuna kentzen duten zigorrak honela sailkatu dira:

– gartzela: sei hilabetetik hogeit urtera artekoa. Kasu berezietan hogeita bost urtera artekoa izan daiteke eta hogeita hamar urtera artekoa ere izan daiteke.

– asteburuko atxilotzea; hogeita hamasei orduko hogeita lau asteburura artekoa izan daiteke.

– erantzukizun pertsonal ordezkotzailea isuna ez ordaintzeagatik.

40. J. M. GOMEZ BENITEZ, "Administradores de hecho y de derecho en el nuevo Código Penal", *El nuevo Código penal. Delitos Societarios e insolvencias punibles*, Madril, 1996, 143. or. eta ondorengoak. Ikus ere A. ALONSO DE ESCAMILLA, *Responsabilidad de directivos y órganos de empresa y sociedades*, Madril, 1996; J. M. GARRETA BENITEZ, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madril, 1996.

41. F. BENTABOL MANZANARES, *El Código Penal de 1995. Resumen práctico de novedades*, Madril, 1996.

42. E. GIMBERNAT ORDEIG, "Prólogo", *aip.*, XIX. or.; J. M. VALLE MUÑIZ, "Prólogo", *aip.*, 14. or.; Epaiaketen ikuspunturako ikus J. L. GOMEZ COLOMER, "El sistema de penas y su repercusión procesal", *La Ley*, 3991. zk., 1996.

43. L. GRACIA MARTIN, M. A. BOLDOVA PASAMAR, M. CARMEN ALASTUEY DOBON, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valentzia, 1996; B. MAPELLI CAFFARENA, J. TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3. arg., Madril, 1996; C. MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bartzelona, 1996.

44. M. I. SANCHEZ GARCIA, "El sistema de penas (I)", *aip.*, 1. or..

Espanian gartzelaratzearen iraupen luzeena hogeit urtekoa izateak ez du esan nahi onberagarritasuna handiagoa denik. Bestalde, oraingo Kodearekin ez da posible lanen bidez zigorrak barkatzea (lehen ia zuzen murrizten zen herenera gartzelaldia) eta zenbait kasu berezietan posiblea da gartzela zigorra hogeita bost⁴⁵ edo hogeita hamar urtera artekoa⁴⁶ izatea eta, horretaz gain, baldintzapeko askatasuna edo gartzelaonurak lortzeko arauak askoz ere gogorragoak dira. Horrela, bada, ezin daiteke esan Kode berria onberagoa denik; aurreko Kodearekin konparatuz oraingo Kodean oso kasu gutxitarako zehaztu da zigorra herenera jeitzea. Hori guztia, kontuan izan gabe Zati Berezia oso izaera eta eragin desberdindun delituetarako zehaztu diren zigorren artean desoreka nabarmena dagoela.

Askatasuna kentzen duten zigorren artean aipatzekoak dira, berriak diraeta, asteburuko atxilotzeak (ostiraletik igandera artekoak dira; atxilotuarekin akordioa egin eta ministerio fiskalak esan beharrekoa entzun ondoren aste barruan ere bete daiteke zigorra) (37. artikulua). Asteburuko atxilotzea zigor nagusietan (Kodeak horrela zehazten duenean) zein askatasuna kentzen duen beste zigor baten orde zezarri daiteke, eta, kasu horietan, gartzelako aste bat asteburuko bi atxilotzerekin parekatuko da⁴⁷. Zigorra betetzeko⁴⁸ bakardadeko isolamenduan egon behar da (690/1996 EDko 17. artikulua) eta, besterik ezean, atxilotuaren etxetik hurbilen dagoen gartzelan bete behar da zigorra; auzitegibarrutian ez bada gartzelarik, udaleko gordailuan bete daiteke.

b) Eskubideak kentzen dituzten zigorrak

Eskubideak kentzen dituzten zigorrak honako hauek dira (39. artikulua):

– gaitasungabetzeak: gaitasungabetze osoa edo gaitasungabetze berezia kargu edo enplegu publikorako, lanbiderako, industriarako edo komertziorako, gurasoaginterako, tutoretzarako, boto emate pasiboaren eskubiderako edo beste edozein eskubiderako.

– enplegua edo kargu publikoa kentzea.

– eskubideak kentzea: motordun ibilgailuak eta ziklomotorrak gidatzeko baimena kentzea, armak edukiteko edo izateko baimena kentzea, leku jakin batean bizitzeko edo bertara joateko eskubidea kentzea.

– elkartearantzat onuragarriak diren lanak egitea.

45. kondenatua bi delitugatik edo gehiagotik zigortu dutenean eta delituetariko bati dagokion zigorra, legearen arabera, hogeit urtera arteko gartzela denean (70,2 a atala).

46. kondenatua bi delitugatik edo gehiagotik zigortu dutenean eta delituetariko bati dagokion zigorra, legearen arabera, hogeit urte baino gehiagoko gartzela denean (70,2 b atala).

47. Bi aldiz bertaratu ez bada justifikatu barik Epaille Begiraleak atxiloteta etenik gabe betetzea erabaki dezake.

48. Ikus 690/1996 Errege Dekretua, apirilaren 26koa, elkartearantzat onuragarriak diren lanak edo asteburuko atxilotzeak zein egoeratan beteko diren zehazten dituena (1996ko maiatzaren 17ko BOE, 120. zk.)

Askatsuna kentzen duten zigor berrien artean aipatzekoa da elkartearentzat onuragarriak diren lanak egitearen zigorra⁴⁹. 49. artikuluan zehaztutakoaren arabera, zigor hori ezartzeko zigortua ados egon behar da eta zigorra betetzeko elkartearentzat onuragarria den soldarik gabeko jarduera egin behar da⁵⁰; jarduera ezin izango da zigortuaren duintasunaren kalterako izan eta egunean gehienez zortzi orduz eta gutxienez lau orduz arituko behar da lanean. Egin beharreko lanak administrazioak emango ditu, jardueraren bidez ezin izango da diruirabazirik lortu, mota honetako zigorrarekin daudenek gizartesegurantzaren arloan gartzeletako legedian zigortuentzat zehazten den babes bera izango dute eta lana epai-learen edo zigorra ezarri duen epaimahaiaren kontrolpean egingo da. Zigor ez hain larrietarako egin beharreko zigororduak laurogeita hamaseitik hirurehun eta laurogeita lau ordura artekoak dira; zigor arinentzat, ordea, hamasei ordutik laurogeita sei ordura artekoak (33,3 j) eta 4 e) artikulua).

Hala ere, eta esanak esan, oso kasu gutxitarako aurreikusten da Kode berrian elkartearentzat onuragarriak diren zigorrak ezartzea; egia esan, bi kasutarako baino ez da ezartzen zigor mota hori: zigor nagusia asteburuko atxilotzea (88,2. artikulua) denean ordezkio zigor bezala eta isuna ez ordaintzeagatik erantzukizun ordezkizaitzailea betetzeko era bezala (kasu horretan askatasunik gabeko egun bat lanjardunaldi batekin parekatzen da) (53,1 II. artikulua).

c) Isuna

Oro har, isunaren zigorrak Eskandinabiako egunakisuna sistemarekin bat dator (50. artikulua)⁵¹ baina, hala ere, aurreikusita dago isunaren zenbatekoa eragindako kaltearen, delitua jasan duen objektuaren balioaren eta horrek ekarritako onuraren araberakoa izatea (52. artikulua). Egunakisuna sistemaren bereiztu egiten dira zigorraren larritasuna egunakisunaren zenbatekoan zehazten da eta zenbateko ekonomiko. Azken hori zehazteko kontuan izan behar dira zigortuaren egoera ekonomikoa eta, era berean, egoera ekonomikoa kalkulatzeko kontuan izango direnak honako hauek dira: ondasunak, dirusarrerak, betebeharrak, famili samak eta beste egoera batzuk (50,5. artikulua).

Isuna bost egunetik bi urteisun artekoa izan daiteke, isuna ordezkio zigorra ez den kasuetan ezik (50,3. artikulua). Egunean ordaindu beharrekoa berrogeita hamar eta hirurehun mila artekoa izan daiteke; hilabeteak hogeita hamar egunekoak dira eta urteak hirurehun eta hirurogeikoak (50,4. artikulua).

49. Eskubideak kentzen dituzten zigorren arloan aipatzekoa da zenbait kasutarako beste edozein eskubide inolako epe mugarik gabe kentzen dituzten zigorrak aurreikusi direla. Formula hori kritikagarria da erabat, hori Kode Penalaren zati berezian zigor bezala aurreikusi diren eskubide kenteak babesteko era baino ez da eta (adb.: intsumizio kasuak).

50. 690/1996 Errege Dekretuko 1. atalean zehaztutakoaren arabera elkartearentzat onuragarriak diren lanak egitea balioagarritasun publikoa, gizartearentzat interesdunak eta heziketarako balioa duten jardueretan inolako soldatarik jaso gabe laguntzea da. Jardueren helburua, ahal den neurrian behintzat, egin den ekintza debekatuaren bidez kaltetu den elkarteari kaltea konpontzea da.

51. J. L. MANZANARES SAMANIEGO, "La pena de multa", *La Ley*, 4015. zk., 1996.

Isuna ordaintzen ez bada, erantzukizun pertsonal ordezkatzailerak honako izan daiteke(ezin izango da ezarri zigortuak lau urte baino gehiagoko zigorra duenean):

– ordaindu gabe dituen bi eguneko kuota bakoitzeko egun bat askatasunik gabe (asteburuko atxiloketa bete daiteke) eta isuna proportzionala den kasuetan gehie-
nez ere urte bete egon daiteke askatasunik gabe.

– elkartearentzat onuragarria den lana.

d) Zigormotak, larritasunaren arabera

Zigorrak, larritasunaren araberak, era honetan sailkatu daitezke: zigor larriak, ez hain larriak eta arinak. Mota bakoitzean bilduta dauden zigorrak hauexek dira (13. artikulua):

– Zigor larriak, 33,2. artikuluan zehaztutakoak:

- a) hiru urtetik gorako gartzelazigorra
- b) gaitasungabetze osoa
- c) hiru urtetik gorako gaitasungabetze bereziak
- d) hiru urte baino gehiagorako enplegua edo kargu publikoa kentzea
- e) motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gidatzeko eskubidea sei urte baino gehiagorako kentzea
- f) armak edukiteko edo eramateko eskubidea sei urte baino gehiagorako kentzea
- g) leku jakin batean bizitzeko edo egoteko eskubidea hiru urte baino gehiagorako kentzea

– Zigor ez hain larriak, 33,3. artikuluan arabera:

- a) sei hilabetetik hiru urtera bitarteko gartzelazigorra
- b) hiru urte baino gutxiagorako gaitasungabetze bereziak
- c) hiru urte baino gutxiagorako enplegua edo kargu publikoa kentzea
- d) motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gidatzeko eskubidea urte bete eta egun batetik sei urtera bitartean kentzea
- e) armak edukiteko edo eramateko eskubidea urte bete eta egun batetik sei urtera bitartean kentzea
- f) leku jakin batean bizitzeko edo egoteko eskubidea sei hilabetetik hiru urtera bitartean kentzea
- g) bi hilabete baino gehiagoko isuna
- h) isun proportzionala; berdin da zenbatekoa
- i) zazpitik hogeita lau asteburu bitarteko atxilotzea
- j) elkartearentzat onuragarriak diren lanetan laurogeita seitik hirurehun eta laurogeita lau ordu bitartean aritzea

– Zigor arinak 33,4. artikulua arabera.

a) motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gidatzeko eskubidea sei hilabetetik hiru urtera bitartean kentzea

b) armak edukiteko edo eramateko eskubidea hiru hilabetetik urte batera bitartean kentzea

c) bost egunetik bi hilabetera bitarteko isuna

d) asteburu batetik seira bitarteko atxilotzea

e) elkartearentzat onuragarriak diren lanetan hamasei ordutik laurogei eta hamasei ordura bitartean aritzea

e) *Zigorak zehazteko eta aplikatzeko sistema*⁵²

Kode zaharrean oso zaila zen zigorrak zehazteko eta aplikatzeko sistema eta, horrela, bada, Kode berrian sistema hori errazteko ahalegina egin dute. Gauzak horrela kendu egin dute Espainiako zuzenbidean ohiko ziren eskala graduatua eta zigorra hiru mailatan banatzen zuen sailkapena. Oraingo Kodean zigorrak bi multzotan banatu dira: goiko erdia eta beheko erdia. Hala ere, oso tarte estua uzten saio epaileari zigorra ezartzerakoan, oraindik ere oso zehaztuta daude inguruabar astungarriak eta/edo aringarriak aztertzeke jarraitu behar diren irizpideak (66. artikulua).

Ereduzko lehien arloan⁵³, ekintza batean bi delitu edo gehiago egiten direnean, suminduraren printzipioari jarraituko zaio eta ezarriko den zigorra deliturik larrienari goiko erdian dagokiona izango da.

Benetako lehiari dagokionez (epaitzen ari diren delitu zigorgarriak oso desberdinak direnean), gehitu egiten dira materialak, baina bi muga zehaztu dira:

– zigorrik larrienaren hirukoitza, edo

– hogeitau urte; hogeitau urte bi delitugatik edo gehiagotatik kondenatu denean eta delituetariko betegatik gehienez hogeitau urteko gartzelazigorra ezarri denean; hogeitau hamar urte bi delitugatik edo gehiagotatik kondenatu denean eta zigorretariko bati, legearen arabera, gutxienez ere hogeitau urteko zigorra dagokionean.

Agertzen da Kode berrian ere, zaharrean antzera agertu ere, delitua behin eta berriro egitea masa subjektu pasiboarekin (74. artikulua).

Bukatzeko, badago gartzelazigorra ez laburtzearen alde egiten duen xedapen bat xedapen hori ez da oso onargarria; oso gogorra da⁵⁴ eta gainera zalantzan jarritzen du Konstituzioan zehazten den gizarteratzearen printzipioa⁵⁵. Xedapen

52. M. C. MOLINA BLAZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Bartzelona, 1996.

53. J. DELGADO GARCIA, "Los concursos en el Derecho Penal", *La Ley*, 4015. zk., 1996.

54. Guztienatik, M. I. SANCHEZ GARCIA, "El sistema de penas (II)", *aip.*, 3. or..

55. D. LOPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARAN, "El Código Penal de 1995...", *aip.*, 29. or. eta ondorengoak. G. QUINTERO OLIVARES, "La reinserción y el marco constitucional del sistema de penas", *Cuadernos Jurídicos*, 36, 1995.

horren arabera ez da onartzen gartzela zigorra laburtzea gartzelaratuak arrisku kriminal handia duenean, kondenaren zigorra oso handia denean edo benetako lehiako arau murrizgarriari jarraituz ezarritako zigor guztien erdia baino gutxiago betetzea ekarriko lukeen kasuetan. Gauzak horrela, gartzela-onuretarako edo baldintzapeko askatasuna lortzeko denborarako oinarria ezarritako zigor guztien batura izango da. Salbuespena izango da Zaintzako Epaileak baldintzapeko askatasuna eta gartzelaonura lortzeko ohiko sistema erabiltzea agintzen duenean⁵⁶.

f) Askatasuna kentzen duten zigorren ordezkokoak eta zigor horietarako aukerak

Orain arte Espainiako Zuzenbide Penaleak askatasuna kentzen zuten zigorrei ordezeko irtenbideak emateko arloan izan dituen gabeziak izan dira doktrinak gehien zalatu duen puntuetariko bat. 1995eko Kodeak hautsi egin du egoera hori eta bildu egin ditu ohikoa den zigorra baldintzapean etetzea, askatasuna kentzen duten zigorren ordezkokoak eta baldintzapeko askatasuna.

a') Askatasuna kentzen duten zigorrak bertan behera uztea

Askatasuna kentzen duten zigorrak bertan behera uzteko, isuna ez ordaintzeagatik erantzunkizun pertsonal ordezkatzaila barne (80. artikulua eta ondorengoak), honako epeak zehaztu dira: askatasuna bi urte baino gutxiagorako kentzen dutenean bi urtetik bost urtera bitartekoa eta zigorrak arinak direnean bi urte eta hiru hilabetetik urte betera bitartekoak. Derrigorrezkoa da primarietate deliktiboa (kontuan izan gabe arduragabekeriagatik ezarritako zigorrak) eta erantzukizun zibilak beteta izatea (ezinezkotzat jo denean ezik). Bertan behera utzi den zigorra gartzela denean epaileak eginkizunak edo betebeharrak ezar ditzake⁵⁷ eta administrazioko zerbitzuek hiru hilabeterik behin gorabeheren berri emango dute. Epaileak agindutakoa behin eta berriro betetzen ez bada edo zigorra kendu den epean delituren bat egiten bada, epeleak baliogabetu egin dezake zigorra kentzearen agindua⁵⁸. Bertan behera utzi den zigorra sekzio berezian jarri behar da, Zigorren eta Auzi-heslarien Errolda Nagusiko artikulua berezian, hain zuzen ere. Frogaldian egonda gartzelaratuak ez baldin badu deliturik egiten eta epaileak agindutako eginkizun eta betebeharrak guztiak betetzen baditu, epeleak zigorra barkatzeko agindua emango du eta agindu horrekin batera zigorra kendu egingo da erroldatik eta aurrekari penalak ezin izango dira izan kontuan inongo ondorioetarako.

56. V. CERVELLO DONDERIS, "Restricción de beneficios penitenciarios en el Código Penal de 1995", *Cuadernos Jurídicos*, 42, 1996; J. R. DE PRADA, "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", *Jueces para la democracia*, 25, 1996, A. VERCHER NOGUERA, "Terrorismo y reinserción social", *La Ley*, 3985. zk., 1996.

57. Zenbait lekutara joateko debekua; bizilekutik aldentzeko debekua; aldiroaldiro epailearengana, epaitegira edo administrazioaren zerbitzu batera norbera bertaratzea, zenbait egitarauetan parte hartzea, hala nola, heziketakoa, lan arlokoak, kultural, bideheziketakoak, sexuheziketakoak edo antzekoak; zigortuaren gizartearatzea errazteko helburuarekin ezartzen diren beste zenbait betebeharrak (bera ados bada-go) (83. atala).

58. Ezarritako eginkizunak edo betebeharrak ez badira behin eta berriro hautsi epaileak edo epaimahaiak honakoa erabaki dezake: portaerairizpidea aldatzea edo zigorra kenduta duen epea luzatzea (gehienez ere bost urterako).

Kode Penaleko 87. artikuluan zigorra baldintzapenean kentzeko aukera zehaztu da Kode zaharrean ere agertzen zen horrelako zerbit. Aukera hori gehienez ere hiru urteko gartzela zigorra dutenentzat eta delitua alkohol, droga toxiko, estupefaziente edo psikotropikoekiko menpekotasuna dela eta egiten dutenentzat. Zigortua ezin izango da izan behin eta berriro zigortutakoa⁵⁹ eta ondo frogatuta egon behar da zigortuak ez duela menpekotasunik edo tratamendua egiten ari dela. Betebeharrekoa da ere frogaaldian delituri ez egitea (hiru urtetik bost urtera bitartean) eta tratamenduren bat egiten baldin bada, bertan behara utzi gabe bukatu arte egitea. Nahiz eta berrerortze kasua izan, zigorra kentzea erabaki daiteke gertaeraren eta egilearen egoera kontuan izanda.

Bada ere beste kasu berezi bat zigorra baldintzapean kentzeko, zigortuak sendaezina den gaixo larria duenean, hain zuzen ere. Kasu horietan, edozein motako zigorra ken daiteke (askatasuna kentzen duen zigorra) eta ez da inolako baldintzarik bete behar. Salbuespena da aurretiaz eta arrazoi beragatik beste zigorren bat kendu den kasua (80,4. artikulua).

b') Zigorren ordezkoak

Urte bete baino gutxiagoko gartzelazigorren kasuan (bi urtera artekoak ere izan daitezke zigortua ezohikoa denean) ordezko zigorra ezar daiteke eta gartzelara bidali beharrean asteburuko atxilotzea edo isuna ezar daiteke. Kasu horietan gartzelako aste bakoitzeko bi asteburuko atxilotzea egin beharko da eta gartzelako egun bakoitzeko bi isunkuota (88. artikulua). Asteburuko atxilotzeari ere ordezkoa ezar dakiok (atxilotzea ezin daiteke izan ordezko zigorra) eta ordezko zigorrak isuna edo elkartearentzat onuragarriak diren lanak egitea izango da. Horrelakoetan asteburuko atxilotzeta bakoitzeko lau isunkuota edo bi lanaldi egin behar dira (88. artikulua).

Atzerritarren kasuan (89. artikulua) askatasuna kentzen duten zigorren ordez herrialditik kanpora botatzea ezar daiteke. Kasu horietan askatasuna kentzen duen zigorra gehienez sei urtekoa izan behar da eta ordezko zigorra herrialdetik kanpora hiru urtetik hamar urtera bitartean egotea izan daiteke. Zigortuak sei urte edo gehiagoko zigorra badu eta zigorren hiru laurdenak bete baditu, kasu horretan ere, ordezko zigorra ezar daiteke. Espainiatik kanpora bota ondoren ezin izango dira bertara bueltatu hiru urtetik hamar urtera bitarteko epean.

c') Baldintzapeko askatasuna

Hori da askatasuna kentzen duten zigorren azkenengo ordezkoa (90. artikulua eta ondorengoak) eta, hori da ere, hirugarren graduko zigorra duten gartzelara-tuentzat zigorra betetzeko azkenengo fasea. Baldintzapeko askatasuna lortzeko baldintzak hauek dira: zigorren hiru laurdena beteta izatea, portaera ona eta kasuankasuko gizarteratzeko baldintzak onak izatea.

Zigorren hiru laurdena beteta izatearen baldintza arindu egin daiteke zigortuak gartzelako lanetan, ekintza kulturaletan eta aisialdiko jardueretan goz

59. Hau da, bost urteko epean ez izatea Kodeko atalburu berean zehaztutako delituengatik hiru kondena edo gehiago (94. atala).

parte hartu duenean. Horrelakoetan nahikoa da zigorraren bi herenak bete izana (91. artikulua). Hirurogeita hamar urte bete duten zigortuek edo adin hori gartzelan beteko dutenek edo sendaezina den gaixotasun larria dutenek ere lor dezakete baldintzapeko askatasuna (92. artikulua).

Baldintzapeko askatasunaren kasuan ere portaeraarauak jar daitezke. Askatasuna lortu duenak ez baldin baditu arauok betetzen edo baldintzapean dagoen artean delituren bat egiten badu Zaintzako epaileak baliogabetu egin dezake emandako askatasuna eta zigortua berriz ere gartzelara joan beharko da eta dagokion aldian eta graduan egon beharko da bertan; hori guztia ez da baldintzapean pasa duen egunkopuruaren kaltetarako izango (93. artikulua).

B) Zigorneurriak

Kode penal berrian zigorrak ezezik, segurtasunneurriak ere zehazten dira⁶⁰. Lehen neurri horiek 1970eko Arriskugarritasun eta Gizarteratzeari buruzko Legean zeuden araututa baina Konstituzioren kontrakoak zirelaeta azken urteotan ez dira erabili. Hala ere, legelariek ez dute inoiz neurri horiek indargabetzeko ahalgina egin⁶¹.

Kode berrian zehaztu diren neurriak delitua eginda dagoenean ezartzekoak dira Arriskugarritasunari eta Gizarteratzeari Buruzko Legean ez zen horrela. Horren arabera, justifikaziorik gabeko delitua egin dela frogatu behar da eta neurriak ezartzeko oinarria delitugilearen arriskugarritasun kriminala da (6.1. artikulua). Neurriek ezin dute inolaz ere gainditu muga hori eta, gainera, ezarritako neurria ezin izango da izan delituari ustez dagokion zigorra baino larriagoa ez eta iraupen luzeagokoa ere.

Kodea penalean zehaztu diren neurrietariko batzuk askatasuna kentzen dute eta beste batzuk, ordea, ez dute askatasunik kentzen (96. artikulua).

Askatasuna kentzen duten neurriak hauek dira: zentro psikiatrikoan, ohiturak kentzeko zentroan edo hezkuntza bereziko ikastetxean sartzea.

Askatasuna kentzen ez duten neurriak, ordea, hauek dira⁶²: leku jakin batean bizitzeko edo egoteko debekua, motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gida-

60. I. BICERIEGO GONZALEZCAMINO, "El sistema de medidas de seguridad", *La Ley*, 3961. zk., 1996; J. C. RIOS MARTIN, "Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995", *Tapia*, 86, 1996.

61. Ikus, Kode Penal berriko xedapen indargabetzaile bakarra 1 c).

62. Askatasuna kentzen ez duten zigorrek iraupenmuga dute (105. atala).

Gehienez ere bost urterako direnak: osasunzentroetan edo gizarteko osasunzentroetan egin beharreko kanpotratamendua, derrigorrezko edo debekatutako bizilekua, dena delako lekuetara joateko debekua edo alkohola saltzen duten tokietara joateko debekua, gurasoaginterako debekua, zenbait egitarauetan parte hartzea, hala nola, heziketakoa, lan arlokoak, kulturalak, sexuheziketakoak edo antzekoak.

Gehienez ere hamar urterako direnak: armalizentzia edo baimena kentzea eta motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gidatzeko eskubidea kentzea.

tzeko eskubidea kentzea, lana kentzea⁶³ eta herrialdetik botatzea (bertan bizi ez diren atzerritarrentzat)⁶⁴.

Neurriak honako kasuetan ezartzen dira: delitu bezala aurreikusita dagoen ekin-tza burutu egin denean eta ekintzatik eta delitugilearen egoeratik berriro ere delituak egingo dituela antzeman daitekeenean. Edonola ere, neurriak ezartzeko baldintzak oso zehatzak dira⁶⁵:

a) legeak aurreikusten duen zigorrak ez baldin badu askatasunik kentzen, neurriak ere ezin izango du askatasuna kendu. Ezar daitezkeen neurriak 105. artikuluan zehaztutakoak dira: kanpoko tratamendua, leku jakin batean bizitzeko debekua edo agindua, zenbait toki edo establezimendutara joateko debekua, gurasoagintea, pres-takuntza, kultura... egitarauetara joatea, armalizentzia edo baimena kentzea, motordun ibilgailuak edo ziklomotorrak gidatzeko eskubidea kentzea (hamar urtera bitartean);

b) bestalde, egozgarri eta erdiegozgarrientzako barneratzeen iraupenak ezin izango du izan egiletzat jo eta ustez askatasunik gabe egon beharko litzatekeen den-bora baino luzeagoa;

c) zigorra eta neurriak baterabildu direnean, neurriak izango du lehentasuna eta neurria dagokion zigor zatiarekin parekatuko da. Behin neurria aldatuz gero, epaileak edo epaimahaiak gainontzeko zigorra ez betetzeko agindua edo zigorra askatasuna kentzen ez duten zigorretariko bategatik (105. artikuluan zehaztutako bategatik) ordezkatzeko agindua eman dezake, baldin eta zigorra betez arris-kuan jarriko balitz neurrien bidez lortutakoa.

Neurriaren bukaera erabakitzea (kriminalak arriskurik ez duenean) epaileari edo epaimahaiari dagokio, baina horretarako proposamena Zaintzako epaileak egin behar du. Era berean, berei dagokie ezarritako neurriaren ordez beste bat jartzea edo neurria kentzea. Kasu horietan, zehaztu den denboraldian deliturik ez egiteko baldintza jarriko da; denboraldi hori ezin izango da izan betetzear geratzen den denbora baino luzeagoa (97. artikulua).

C) Ondorio osagarriak

Segurtasun neurriez gain (aparteko tituluari: VI. Tituluari), ondorio osagarriak zehaztu dira; horien helburua ekintza deliktiboa eta horren ondorioak berriro ez errepikatzea da (129,3. artikulua).

63. 107. atalean zehaztutakoari jarraituz, eskubide bat edo lanbidea, ofizioa, industria edo denda, kargua edo enplegua betetzeko eskubidea honakoetan kenduko da (urte batetik bost urtera bitartean): gehiegikeria egin denean edo horiekin zerikusia duen ekintzaren batetan delitua egin denean eta inguruabarrak aztertzerakoan delitu hori edo antzekoren bat berriz egiteko arriskua dagoela antzematen denean. Hala ere, zigor hori ezarriko da baldin eta 20. ataleko hiru lehenengo zenbakietan zehaztutako salbuesleeriko kasu batean bada delitugilea.

64. Neurri hori, izan ere, ezarri daitezkeen segurtasunneurriak (askatasuna kentzen dutenak) ordezkatzeko aurreikusi da. Kanpoan egon beharreko denboraldia epeleak zehaztu behar du baina gehienez ere hamar urtekoa izan daiteke 8108. atala).

65. VALLE MUÑIZen ustez Kode berriko neurriak erruduntasunik ez dagoenean edo erruduntasuna gutxitu egin den kasuetan ezarritako zigorrak ordezkatzeko era aurretik delitugilearen arriskugarritasun kriminala konprobatu behar da baino ez dira. "Prólogo", *aip.*, 16. or..

Ondorio osagarrietariko batzuk honako hauek dira.

- delitua egiteko erabili diren efektu eta tresnak konfiskatzea eta baita lortu diren irabaziak ere, edozein izanda jasan duten aldaketa. Kode Penalean puntu hori delitu edo falta "mingarrientzat" baino ez da zehaztu (127. artikulua),

- enpresa, lokalak edo establezimenduak ixtea (behin-behineko bost urtera artekoa edo behin betiko),

- baltzua, elkartea edo fundazioa banatzea,

- baltzuak, enpresak, fundazioak edo elkarteak egiten dituen jarduerak etetea (bost urtera arteko etena),

- baldin eta jarduera, merkatuoperazio edo antzeko negozioen bidez delitua egin, bultzatu edo estali egin bada, ekintza horiek egiteko debekua (behin-behineko bost urtera artekoa edo behin betiko),

- enpresan eskuhartzea langileen edo hartzekodunen eskubideak zaintzeko (gehenez bost urterako)⁶⁶.

Konfiskazioaren kasuan ezik, beste kasu guztien helburua enpresen arloan edo pertsona juridikoen bidez egindako ekintzak konpontzea da. Horien erantzukizun penala onartu egingo balitz⁶⁷ ez lirateke gutxi izango ezarri beharreko "zigorrak", baina kasu horientan "zigor" esan beharrean "ondorio osagarri" esaten da.

D) Erantzukizun zibila

Kode berrian gauza berri gutxi gehitu dira erantzukizun zibilira buruz (109. artikulua eta ondorengoak)⁶⁸; erantzukizun hori penalarekin batera doa beti, kaltetuak zibilaren bidea aukeratzen duen kasuetan ezik.

Erantzukizun zibilari buruzko arauen oinarriak oraindik ere honako hauek dira: ondasuna berritzea (kalteak eta galerak ordaindu), kaltea konpontzea (emateko, egiteko edo ez egiteko beharra izan daiteke) eta sortu diren kalte material eta moralengatik kalteordainak ematea. 114. artikuluan, horretaz gain, honako hau ere

66. Empresa, lokala edo establezimendua behinbehinik ixtea eta elkartearen, enpresaren, fundazioaren edo baltzuaren jarduerak etetzea epaile izapidegileak erabaki dezake auziaren izapideak egiten ari diren artean (129.2. atala).

67. D. LOPEZ DE GARRIDO, M. GARCIA ARAN, *El Código de 1995...*, aip., 83. or..

68. I. SERRANO BUTRAGUEÑO, "La responsabilidad civil derivada del delito", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, aip., 639. or. eta ondorengoak. Prozesuari buruz ikus V. HERNANDEZ MARTIN, "Límites de la responsabilidad civil y de las medidas cautelares en el proceso penal en caso de pluralidad de responsables", *La Ley*, 3983. zk., 1996. Kode berrian motordun ibilgailuekin zerkusua duten delitu eta hutsegiteen arloko erantzukizun zibilari buruz ikus, J. A. CABALLERO GEA, *La responsabilidad penal y civil dimanantes del accidente de circulación*, Madril, 1996; R. MACIA GOMEZ, *Delitos y faltas relacionados con la circulación de vehículos a motor en el Código Penal de 1995*, Bartzelona, 1996; A. RUBIO MORALES, *Las imprudencias y otras conductas derivadas del tráfico automovilístico y su responsabilidad civil en el nuevo Código Penal*, Madril, 1996.

zehaztu da: biktamak berak eragina izan badu sortutako kaltean epaileak edo epaimahaiak murriztu egin dezake kaltearen konpontzea edo kalteordaina.

Erantzukizun zibila duten pertsonen arloan ere ez da aldaketa askorik egon (116. artikulua eta ondorengoak), baina irizpide orokorrekin batera aseguruenpresek eta errakuntza egon den kasuetan ekintza egin dutenek duten erantzukizun zibil zuzenari buruzko aipamena egin da. Erantzule zibil ordezkatzailerik buruzko arauetan⁶⁹ ere aldatetak egon dira eta absoluzioepaien kasuan epaileak edo epaimahaiak erabaki behar du nor den erantzulea, baldin eta horrela dagokion unean ekintzen erreserba egin ez bada erreklamazioa beste bide batetik egiteko (119. artikulua).

3. Erantzukizun kriminalaren iraungipena

Kode Penaleko I. liburuko arauekin bukatzeko erantzukizun kriminalaren eta bere ondorioen iraungipena aipatuko ditugu (130-137 artikulua, VII. titulua).

Erantzukizun kriminala iraugitzeko arroiak hauek dira (130. artikulua):

- erreduna hiltzea
- zigorra betetzea
- indultua⁷⁰
- delitua eta zigorra preskribatuta egotea (genozidio delituek eta genozidio-agatik ezarri diren zigorrek ez dute preskribatzen)⁷¹
- irainduak barkamena ematea; legeak horrela zehaztu duen kasuetarako bakarrik da baliogarria eta era zehatzean eman behar da zigorra betetzen hasi aurretik. Hala ere, adin txikikoen edo ezinduen kontra egindako delituen kasuan gerta daiteke epaileak, fiskalak esan beharrekoa entzun ondoren, haien ordekariek emandako barkamena ez onartzea.

Edonola ere, delituaren ondorio juridikoak ez dira guztiz iraungitzen erantzukizun kriminalarekin; hor daude aurrekari kriminalak edo segurtasunneurriak, eta horiek etetzeko 136. artikuluan eta ondorengoetan zehaztutakoari jarraitu behar zaio.

Delituaurrekariak indarbagetzeko (136. artikulua), delituak publikoak ez direnean, derrigorrezkoa da batetik, erantzukizun zibila beteta izatea, epaileak kau-

69. Ikus, F. SOTO NIETO, "La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y entes públicos en general (art. 121 C. P.)", *La Ley*, 3964. zk., 1996.

70. Kode berrian erantzukizun zibila kentzeko arrazoen artean ez da aipatzen amnistia. Hala ere, eta arrazoi osoz, QUINTERO OLIVARESek aipatu du horrek ez duela esan nahi aurrerantzean debekatu egingo denik, errekurso berezia denez ematen duen lege berean arautzen da eta.

71. J. GOMEZ DE LA ESCALERA, "Novedades en la prescripción de las infracciones penales y de sus penas", *La Ley*, 3987. zk., 1996; F. PASTOR ALCOY, *La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Comentarios y formularios*, Valentzia, 1996. 135. atalean segurtasunneurrien iraungitzea ere jaso da.

dimengabea dela esan duen kasuan ezik, eta, bestetik, zenbait epe pasata egotea⁷². Kode berrian epe horiek gehitu egin dira. Edonola ere, nahiz eta delituurrekariak indargabetuta egon indargabetzea ofizioaren bidez agindu daiteke epaileak edo epaimahaiak indargabetu diren aurrekarien egiaztagiriak egin ditzake, hala eskatuz gero. Horrela, bada, egiaztagirian adierazi egin beharko da aurrekariak indargabetuta daudela.

Segurtasunneurriak direlaeta anotazioak indargabetzeko beharrezkoa da neurria beteta edo preskribituta egotea. Indargabetzea egin artean, epqileen-tzat, apaimahaintzat edo, legeak hala zehaztu duen kasuetan, administrazioako agintarientzat egindako egiaztagirietan baino ez dira zehaztuko indargabetutako aurrekariak. Hori guztia 137. artikuluan zehaztu da.

IV. ZATI BEREZIA: DELITUAK⁷³

Egozpenari eta erantzukizun penalarri buruzko arauak zehaztuta daudenez, Kode berriko II. eta III. liburuetan arauhausteen definizioa (13. artikuluan erabilitako terminologiaren arabera delitu larriak, ez hain larriak eta faltak) eta arauhauste bakoitzari dagokion zigorra zehaztu dira zehatzmehatz. Puntu hori oso garrantzitsua da eta bertan desadostasuna sortu da bi parteren artean; batetik, babes judiziala merezi eta behar duten ondasun juridikoen tutoretza penaletik eratorriko bete-beharrak daude eta, bestetik, beharizanprintzipioari zor zaion errespetua, horri dagozkion betebeharrak ordezkatzaileekin eta gutxieneko esku hartzearen ondorioekin. Bestalde, 1995eko Kodea egiteko legegileek egin duten kodifikatzeahalegina oso handia izan da, murriztu egin dituzteeta lege penal bereziak, hau da, murriztu egin dira Kodetik aparte dauden delitu eta zigorrak. Horiek lehen ugariagoak ziren baina, orain, ordea, Kode Penaletik aparte dauden esparruak honako hauek baino ez dira: hauteskundeak, kontrabandoa, aldatetakontrola, aireko nabigazioa, eta, nola ez, militarren Kode Penala.

1. Arauhauste penal larriak eta ez hain larriak

Larriak eta ez hain larriak diren arauhausteak era askotan sailkatu daitezke, baina sailkapenik hedatuena subjektu pasiboaren arabera egiten dena da. Horrela, bada,

72. Sei hilabete zigor arinentzat; bi urte gehienez ere hamabi hilabeteko zigorrentzat eta arduragabekeriako delituertarako ezarritakoentzat; hiru urte gainontzeko zigor ez hain larrientzat eta bost zigor larrientzat (136,2-2. atala).

73. C. CARMONA SALGADO, J. J. GONZALEZ RUS, L. MORILLA CUEVA, M. POLAINO NAVARRETE, G. PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*, I, Madril, 1996; C. HERRERO HERRERO, *Introducción...*, aip., 183. or. eta ondorengoak; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11. arg., Valentzia, 1996; J. J. QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3. arg., Bartzelona, 1996; G. QUINTERO OLIVARES, J. M. VALLE MUNIZ, F. MORALES PRATS, J. M. PRATS CANUT, J. M. TAMARIT SUMALLA, R. GARCIA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Iruña, 1996; L. RODRIGUEZ RAMOS, M. A. COBOS GOMEZ DE LINARES, J. M. SANCHEZ TOMAS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Madril, 1996; T. S. VIVES ANTON, J. BOIX REIG, E. ORTS BERENGUER, J. C. CARBONELL MATEU, J. L. GONZALEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2. arg., Valentzia, 1996.

sailpena honako hau da: pertsonen kontra egindakoak, gizaki bakanen kontrakoak, gizartearen kontrakoak eta estatuaren kontra egindakoak. Gaur egun bada sailkapen horretan sartzen den beste puntu bat, orain arte estatuaren kontrako delituen barnean egondakoa, nazioarteko elkartearen⁷⁴ kontra egindako delituak, hain zuzen ere.

A) Pertsonen kontrako delituak

Pertsonen aurkako delituen artean⁷⁵ lehenengoak, garrantzitsuenak dira eta, bizitzaren kontrako delituak dira; bai gizaki independenteen bizitzaren kontrakoak, bai umetokibarneko bizitzaren kontrakoak.

a) Kode zaharraren arabera *gizaki independentearen bizitzaren kontra* egindako delituak gizahilketa, parrizidioa, hilketa eta buruhilketan edo haur-hilketan eragile edo laguntzaile izatea ziran. Egungo Kodean, ordea, *gizahilketa eta hilketa* baino ez dira agertzen eta horietan ere zenbait aldaketa egin dira. Gizahilketa da oinarrizko delitua⁷⁶ eta parrizidioa⁷⁷ eta haurhilketa ez dira agertzen. Hilketaren kasuan, nahiz eta delitu bezala agertzen den Kode berrian, ez dira hilketaren barnean sartzen aldez aurretik pentsatutako heriotzak edo uholde, sute, pozoien edo ez tandem ondorioz eragindakoak; orain, hilketa izateko heriotza ezezki, azpikeria, prezioa, saria edo promesa, edo basakeria egon behar da⁷⁸.

Buruhilketan eragile edo laguntzaile (143. artikulua) izateari dagokionez, ez da aldaketa handirik egon, baina oraingoan aipamen zehatza agin da *eutanasiarako*: norbaiten heriotza eragitera bideratutako ekintza, baina horretarako eskabide zehatza, serioa eta errakuntzarik gabea egin behar izan du oso gaixotasun larria duen gaixoak edo jasanezina edo betiko den gaitz larria duen horrek (143,4. artikulua)⁷⁹. Horrela, bada, Kode berrian buruhiltzaile eutanasiakoari laguntza ematea ezezki, eutanasia zuzen aktiboa ere zigortzen da, baina, ordea, ez da zigortzen eutanasia pasiboa (bizitza era artifizialean luzatzea), ez eta ezezki aktiboa ere (minaren kontrako tratamenduak; ez dute zuzenean heriotza sortzen, baina laburtu egiten dute bizitza), gixoaren nahiaren kontra egiten den kasua ezik⁸⁰.

b) *Umetokibarneko gizakiaren bizitza* babesteko *abortuaren delitua* zehaztu da (144-146). Kasu horretan ere sinplifikatu egin dira arauak eta abortuaren deli-

74. Ikus, C. HERRERO HERRERO, *Introducción...*, aip., Madril, 1996, 185. or eta ondorengoak.

75. A. SERRANO GOMEZ, *Derecho Penal. Parte Especial I. Delitos contra las personas*, Madril, 1996.

76. L. RUEDA GARCIA, "Examen del título I del libro II", *La Ley*, 4019. zk., 1996.

77. Ezkonkidehilketari buruz ikus, RAMOS TAPIA, "El homicidio del cónyuge", *Actualidad Penal*, 1996-1-8/14

78. Irainduaren mina nahita edo jazanezineraro handitzen denean (139-3. atala).

79. I. MUÑAGORRI, "La regulación de la eutanasia en el nuevo Código Penal de 1995", *Jueces para la democracia*, 25, 1996; E. DIAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, mADRIL, 1996.

80. D. LOPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARAN, *El Código Penal...*, aip., 89. or.; J. M. VALLE MUÑIZ, "Prólogo", aip., 18. or..

tua hiru kasu hauetarako zehaztu da: baimenik gabeko abortua (144. artikulua), baimenarekin egindako abortua edo norberak egindako abortua (145. artikulua) eta profesionalen zabarkeria edo arduragabekariagatik eragindako abortuak (146. artikulua).

Legeproiektua bideratzen zeuden artean hainbat eztabaida egon zen arren lau garren kasua deiturikoa delaeta (egoera sozioekonomiko delaeta egindako abortua), ez da aldaketarik egon onartuta zeuden abortuen kasuetan; abortukasu horiek Kode zaharreko 417 bis artikuluan zehaztu ziren eta oraindik ere indarrean daude. Gauzak horrela, abortua ez da zigorgarria mediku batek edo berak zuzenduta egiten bada kreditazioa duen osasunzentro publiko edo pribatuan, haurdun dagoen emakumearen baimenarekin egiten bada eta abortua egiteko arrazoia honako hau bada:

– *medikuaren aholkua*: haurdun dagoenaren bizitza edo osasun fisikoa edo psikikoa arrisku larriak dagolako;

– *aholku etikoa*: haurdunaldia bortxaketaren ondorioa denean; abortua lehenengo hamabi asteetan egin behar da;

– *aholku eugenesikoa*: fetuak tara fisikoak edo psikikoak izango dituen ustea dutenean eta abortua haurdunaldiaren lehenengo hogeita bi asteetan egiten denean.

c) Aurreko artikulutik gehiegi urrundu barik, Kode honetan guztiz berriak diren delituak aipatuko ditugu: *fetuari egindako lesioak* eta manipulazio genetikoa.

Kode berrian babestu egin dira fetuaren osasuna eta osotasun fisikoa (157 eta 158. artikulua); ekintza mingarri edo arduragabekoaren eraginez fetuaren lesioak sortu badira edo gaixotasuna sortu bada eta gaixotasun hori delaeta fetuaren garapena normala ez bada edo fetuari tara fisiko edo psikiko larriak eragin bazaizkio, ekintza hori zigorgarria izango da (ekintza hori haurdun dagoen emakumearen arduragabekeria ez den kasuetan).

Manipulazio genetikoari buruzko delituak honako hauek dira (159-162. artikulua)⁸¹:

– genotipoa aldatzen duen *manipulazio genetikoa* (mingarria edo arduragabea),

– *ingenierutza genetikoa erabiltzea* arma biologikoak edo gizakia suntsi dezaketen armak egiteko,

– *gizaobulua legezkontra fekundatzea*,

– *klonazioak* edo/eta *helburutzat errazaren haustapena duten prozedurak*,

– *emakumearen baimenik gabe egindako lagunduriko ugalketa*.

d) 1989an aldaketa sakonak egin ziren arren Kodean lesioen arloan, Kode berrian ere aldatu egin dira zenbait gauza. Kode berriaren arabera, *lesioak* hauek dira⁸²:

81. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Los llamdos delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 5. zk., 1996.

82. Kritika eginez, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *aip.*, XXIII. or..

– *Ebaketak* eta antzeko jarrerak: organu bat edo gorputzadar nagusi bat edo nagusi ez den bat galtzea, sentimen bat galtzea, inpotentzia, antzutasuna, deformazioa, gaixotasun somatiko edo psikiko larria (149 eta 150. artikulua);

– lesioak; hau da, gorputzaren osotasunean edo osasun fisiko edo psikikoari sortutako kalteak eta kalte horiek konpontzeko ikuspuntu objetibotik medikuak ikusteko beharraz gain, tratamendu medikua edo kirurgia behar denean (lesio nola doan jakiteko mediak egindako kontrola ez da tratamendutzat hartuko) (147,1. artikulua). Lesioak honakoak izan daitezke:

lesio ez hain larriak, erabilitako baliabideen eta emaitzen araberakoak (147,2. artikulua);

lesio larriak (147,1. artikulua);

lesio oso larriak (148. artikulua), emaitzaren edo sortutako arriskuaren, erabilitako baliabide arriskutsuaren edo basakeriaren, adinaren (12 urteraino) edo biktimaren ezintasunaren araberakoak.

Era berean, zigorgarriak dira arduragabekeria larriagatik sortutako lesioak eta era berezian aurreikusi dira motordun ibilgailuekin, ziklomotorrekin edo suarmekin egindako ekintzak, profesionalen arduragabekeriarengatik sortutakoak, senideei emandako egiteko tratu txarrak (153. artikulua) eta iskanbiletan parte hartzea (154. artikulua).

III. tituluaren bukaeran adostasunari buruzko arauak daude (155 eta 156. artikulua). Horien arabera onespina beti da salbueslea organoen transpalteen kasuetan, antzuteetan eta sexua aldatzeko kirurgian. Beste kasu batzuetan zigorra gradu bat edo bi gutxitzeko arrazoia izan daiteke baldin eta irainduak horretarako adostasun zehatza eta onargarria eman badu bere borondatez eta askatasun osoarekin. Urritasun psikikoa dutenei egindako antzuteak beste puntu batean zehaztu dira (156 II. artikulua).

e) Ondoren askatasunaren kontrako delituak:

– *atxilotzea eta bahiketa* (baldintzapeko atxilotzea); ohiko kasuetaz aparte beste batzuk ere zehaztu dira, hala nola, adin txikikoak edo ezinduak lapurtzea, funtzionarioak baitzea eta atxilotua edo bahitua desagertzea (163168. artikulua)⁸³

– *mehatxuak* (169171): mehatxuak delituzko gaitzak edo ez delituzkoak izan daitezke eta baldintzadunak edo baldintzagabeak izan daitezke eta, bestalde, gaitz ez deliktibodunak baina baldintzadunak izan daitezke (txantaia) (171,2 eta 3. artikulua)⁸⁴

83. J. BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madril, 1996.

84. Beste bati kantitate edo dirusaria eskatzea haren fama, sinesgarritasun edo interesei kalte egin diezaoketen ekintzak esan egingo diren edo zabaldu egingo diren mehatxua eginenez, ekintza horiek haren bizitza pribatuari edo ezagunak ez diren senidei buruzkoak direnean. Txantaia ere izan daiteke, delitu bat egin izana esan edo salatuko denaren mehatxupean.

– *hertsapena* (172): baimenik izan gabe eta bortxakeria erabiliz norbaiti legez onartuta dagoena egiten ez uztea edo egin nahi ez duena, bidezkoa izan edo ez, egitera behartzea; era zehatzean aurreikusi dira oinarrizko eskubide bat erabiltzen uzten ez duten hertsapenak (163. artikulua eta ondorengoak).

f) Guztiz da berria VII. titulua, *tortura eta osotasun moralaren kontrako delituei* buruzkoa (173177. artikulua).

Artikulu horietan torturari dagozkion zigorrak zehaztu dira baina, hala ere, Kode berrian erabili den torturaren definizioa eta nazioarteko definizio ez datoz guztiz bat. Era berean, artikulu horietan funtzionarioek edo funtzionario ez direnek emandako tratu degradatzaileak eta funtzionarioek pertsonen osotasun moralaren kontra dituzten jarrera guztiak ere zigortzen dira. Ekintza horiek guztiak (eta zigor berarekin) agintari edo funtzionarioei ere lepora diezazkizkieke, beren egin-kizunak ez betetzeagatik beste batzuek ekintza horiek egin badituzte.

d) *Delitu sexualen* arloan ere aldaketa asko egin idra⁸⁵.

Arau berrietan hiru oinarrizko artikulutan banatu dira askatasun sexualaren kontrako jarrerak⁸⁶:

– *eraso sexualak*, indarkeriarekin edo larderiarekin; astungarria da haragizko sartzea eta zerbait sartzea eta kasu horiek are astungarriagoak izango dira honakoetan: indarkeria eta larderia oso degradatzaileak edo iraingarriak direnean; ekintza hiru edo gehiagok taldea osatuz egin dutenean; biktima oso ahula denean; senitartekoa erasotzen denean; eta eraso egiteko erabili diren baliabideak oso arriskutsuak direan, heriotza edo lesio larriak sortzeko modukoak direnean;

– *baimenik gabeko abusu sexualak* (indarkeriarik edo larderiarik gabe) (181183. artikulua)⁸⁷, edo nahiz eta baimena emon biktima egoera txarragoan dagoenean edo iruzur egin diotenean (abusua hamabi urtetik gorakoari eta hamasei urtetik berakoari egin diotenean); ekintza horiek are larriagoak izango dira abusuaren haragizko sartzea edo zerbait sartzen denean edo sartzea ahotik edo uzkitik egiten denean (zigorra gogorragoa da biktima senitartekoa edo oso ahula denean);

– *jazarpen sexualak* lanean, irakaskuntzan eta biktima egoera txarragoan dagoen kasuetan; hau da, mesede sexula eskatu eta biktimak ezezkoa emanez gero bere itxaropenak zapuztu egin daitezkeen kasuetan.

Ez dira aldatu exhibizionismo eta probokazio sexualari buruzko delituak; hau da, adin txikikoen edo ezinduen aurrean exhibizio lizunak egitea edo adin txi-

85. J. M. VALLE MUÑIZ, “Prólogo”, *aip.*, 19. or.. Kritika eginez, E. GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo”, *aip.*, XXIII. or..

86. Eraso eta abusu sexuak galdu egin dute zuten izaera erdipribatua eta jazarri egin daitezke (jazarpenak bezalaxe) baina ez kaltetuaren salaketa dagoenean bakarrik, ministerio fiskalak ere jar deza-ke kereila (191. atala)

87. Legearen arabera abusuak baimenik gabekoak izateko biktima hamabi urtetik berakoa edo zen- turik ez duten pertsona edo buruko asaldura dutena izan behar da. Kasu horietan ezartzen den zigorra abusu sexualeri dagokiena baino askoz ere handiagoa da.

kikoei edo ezinduei pornografiamateriala saltzea, erakustea edo haien artean zabaltzea (185 eta 186. artikulua).

Beste norbaiten prostituzioa sustatzea edo esplotatzea; prostituzioaren alde egitea ere arauhauste penala da. Arauhauste horien artean adin txikikoen edo ezinduen prostituzioa edo esplotaziosexula, gogoz kontrako prostituzioa eta zigorgarria den prostituzioa daude.

h) *Laguntza ez emateari* buruzko delituak II. liburuko IX. tituluaren agertzen dira (195 eta 196. artikulua). Oinarrian Kode berrian zehaztutakoa eta Kode zaharreko 489 ter artikuluko berdina da, aldatzen den bakarra istripuetan laguntza ez emateari buruzko aipamena da. 195.3. artikuluan desberdindu egin da istripua laguntza eman ez duenak nahi gabe sortu duenean eta istripua arduragabekeriagatik sortu denean⁸⁸, eta kasu batean eta bestean ezarri beharreko zigorrak oso desberdinak dira⁸⁹. 196. artikuluan zehaztutakoaren arabera leporatzea larriagoa izango da laguntza emateko betebeharra duen profesionalak laguntzarik ematen ez duenean edo osasunzerbitzuak bertan behera utzita alde egin eta horren ondorioz osasunerako arrisku larriak sortzen direnean.

i) *Intimitatearen, pribatutasunaren eta norberen irudiaren* babesari buruzko araudia ez zen batere egokia Kode zaharrean baina oraingo Kodean xedapen berriak egin dira eta horietan sekretuak aurkitu eta jakinarazteari buruzko arauak zehaztu dira (197. artikulua eta ondorengoak)⁹⁰ eta baita bizilekua edo egoitza borxatzeari buruzkoak ere (197204. artikulua)⁹¹.

Sekretuen arloko delituen artean, eta orohar alde batekoak eskatuta zigorgarriak direnak (201. artikulua), laneko sekretuak eta sekretu profesionalak daude (199. artikulua)⁹² baina ez enpresasekretuak (278. artikulua eta ondorengoak) eta Kode berrian kontuan izan dira gaur egun geroa eta konplexuagoak diren teknikekin intimitatearen eta norberen irudiaren kontra egin daitezkeen deli-

88. Istripuen kasurako araudian bitxia da 11 b) ataleko edukia, horren arabera delituaren zigorra emaitzaren (heriotza, lesioak) araberakoa izan behar da eta. E. GIMBERNAT, "Protocolo", *aip.*, 16. or..

89. Istripua nahi gabe sortu bada ezegitearen zigorra 6 hilabetetik urte batera arteko gartzela eta sei hilabetetik hamabi hilabetera arteko isuna da. Istripua arduragabekeriarengatik izan bada, sei hilabetetik bi urtera arteko gartzela eta sei hilabetetik hogeita lau hilabetera arteko isuna.

90. A. JORGE BARREIRO, "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)", *La Ley*, 4038. zk., 1996; VALLINA y ESCUDERO MORATALLA, "La cláusula de secretos profesionales en el Código Penal de 1995", *Revista General de Derecho*, 615. zk., 1995; J. M. MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, "La protección penal del secreto médico en el Derecho español", *Actualidad Penal*, 1996-3-4/10. R. REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*, Bartzelona, 1996.

91. J. M. VALLE MUÑIZ, "Prólogo", *aip.*, 19. or.. Ikus ere, J. J. LOPEZ ORTEGA, "La protección de la intimidad en el nuevo Código Penal", *Cuadernos Jurídicos*, 42. zk., 1996; A. PEREZ VALLEJO, "La informática y el Derecho Penal", *Actualidad Informática Aranzadi*, apirila, 1996; M. MARCHENA GOMEZ, "Intimidad e informática: La protección jurisdiccional del Habeas Data", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1996-2-15.

92. A. JORGE BARREIRO, "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)", *La Ley*, 1996ko maiatzaren 17koa, 1. or. eta ondorengoak.

tuak, teknika horien bidez komunikazioak atzeman eta irudiak, soinua edo datuak grabatu edo erreproduzitu egin daitezke eta. Aipamen berezia merezi du erregistroa dauden isilpeko datuen babesak, eta, betez ere, datu horiek norberen pentsakera, sinismen, erlijio, osasun, sorburu errazial edo izaera sexualari buruzkoak badaira edo biktima adin txikikoa edo ezindua bada.

Etxea edo egoitza bortxatzeari buruzko arloan kontuan izan da ohiko ikuspuntua, hau da, norberena ez den etxean sartzea edo bertan bizi denaren borondatearen kontra etxean egotea. Baina ikuspuntu horretaz gain, Kode berrian puntu berri bat sartu da: pertsona juridikoen etxeetan edo jendearentzat zabalik dauden tokietan indarrez sartzea (203. artikulua); hau da: indarrez sartzea jabearen borondatearen kontra pertsona juridiko publiko edo pribatuaren etxean, laneko bulegoan, merkataritzako establezimenduan edo jendearentzat zabalik dagoen tokian itxita dagoen ordutegian⁹³. Tokiotan jabearen borondatearen kontra egoitea delitua izango da indarkeria edo larderia erabili bada; indarkeriarik edo larderiarik erabili ez bada, hutsegitea baino ez da.

j) *Ohorearen kontra egindako delituei* buruzko arloan definizio berria egin zaie irainei (205216. artikulua). Orain arte irainen definizio legala hau zen: duintasunaren kontra egindako ekintza edo esamoldea, horren bidez ospea kaltetuz edo estimuari erasotuz. Egungo Kodean iraina delitu izateko herrikontzeptuan larria izan behar da izaera, egoera eta ondorioak kontuan izanda; izaera hori duten irainak gezurra direla jakinda edo egiaren gutxiespen ausartegiarekin egindakoak dira.

k) *Pertsonen kontra egindako delituekin bukatzeko jabeagoaren kontra egindako delituak* aipatuko ditugu.

Kode berrian norbanakoaren ondarea babestea alor sozioekonomia babestarekin elkarlotu da. Aukera hori oso kritikagarria da sistemaren ikuspuntutik baina, hala ere, txalogarria da alor sozioekonomikoa zigorren bidez babesten den ondare juridikoen artean sartzea.

Ondarearen kontrako delituak honako hauek dira.

- *ebasketak;*
- *indarkeriaren bidez edo pertsonak beldurtuz egindako lapurretak*
- *lapurreta gauzengan indarkeria erabikiz*
- *estorzioa*, hau da, dirua irabazteko helburuarekin beste norbait bere kalterako edo beste norbaiten kalterako den ekintza edo negozio juridikoa egitera edo isilpean gordetzera behartu, horretarako indarkeria edo larderia erabiliz (243. artikulua)
- *ibilgailuen eta ziklomotorren erabilera lapurtzea edo ebatea*

93. Indarkeri edo larderia erabiltzen denean zigorrak astunagoak izango dira nahiz eta merkataritzako establezimendua edo jendearentzako zabalik dagoen tokia zabalik egon (203,2. atala).

Bestalde, eta ordena publikoaren kontrako delituen artean, 558. atalean zigortu egiten da ordena larri hondatzen denean epaietan edo epaitegietan, agintarien edo batzordeen jardueretan, hautesleketan, bulego edo beste edonolako toki publikotan, ikastetxeetan, edo ekintza kultural edo kirolekintzetan.

– *usurpazioak*: ondasun higiezinak okupatzea edo erregeeskubide higiezinak usurpatzea edo mugak, elkarren ondoan dauden onibarren edo jabegoen mugak zehazteko dauden mugariak edo seinaleak aldatzea

- *iruzurrak*: iruzurrak, bidegabeko jabetzeak, fluidoen iruzurrak eta antzekoak
- *kalteak*.

Ondasunen kontra egindako delituetan⁹⁴ ere aldaketak egin dira:

Ez dira agertzen *gizahilketarekin, lesioekin...egindako lapurretaren* delitu konplexuak (242. artikulua) eta *ebasketaren* definizioan ez da aipatzen gauzenganako edo pertsonenganako indarkeria eza. Gauzak horrela, eta kontuan izanda 238. artikuluan zehaztu den zerrenda oso itxia dela, jabetza lortzeko (ebasketan) gauzenganako indarkeria erabiltzen denean zilegi izango da 234. artikulua eta ondorengoak erabiltzea. Izan ere, 238. artikuluan zehaztutako kasuetan gauzengan indarkeria erabiliz egindako lapurreta izateko honako baldintza hauek bete behar dira⁹⁵:

- eskalatzea;
- horma, sabaia edo zolua apurtzea edo atea edo leihoa apurtzea;
- lapurreta egin den tokian edo beste edonon armairuak, kutzak edo itxita edo zigiluz itxita dagoen edozein altzari apurtzea, edo horien sarraila apurtzea edo barruan dutena lapurtzeko asmoarekin Kodea lortzea;
- giltza faltsuak erabiltzea⁹⁶;
- alarma edo zaintzeko edozein sistema baliogabetzea.

Motordun “*ibilgailuen erabileraren lapurreta edo ebastea*”⁹⁷ aipatzen da Kodean; horrela, bada, 244. artikuluan ez dira sartzen erabileraren bidegabeko jabetzeak. Pertsonenganako indarkeria edo larderia erabiliz egindako lapurretak ere ez dira era zuzenean zigortzen 244 artikuluan, kasu horietan 242. artikulua (indarkeriarekin edo larderiarekin egindako lapurretak) erabili behar da.

Usurpazioen kasuan zabaldu egin da esparrua eta oraingo Kodean usurpazioa da higiezinak, eraikinak edo etxeak baimenik gabe okupatzea, indarkeriarik edo larderiarik erabili ez den arren (245,2. artikulua). Hori da, hain zuzen ere, hutsik dauden etxeen okupazioetan gertatzen dena.

94. L. RODRIGUEZ RAMOS, “Los nuevos delitos de robo”, *La Ley*, 3996. zk., 1996.

95. Indarkeria, 237. atalaren arabera, norberenak ez diren eta jabetza norbereganatu egin den gauza higigarriak dauden tokira sartzeko erabili behar da. Indarkeria erabili gabe sartu den tokitik irtezeko indarkeria erabili bada, orduan, ez da gauzen lapurreta, ebasketa baizik.

96. Giltza faltsuak honakoak dira (239. atala): 1) gakordeak eta antzeko tresnak; 2) ugazabak galdu egin dituen edo arauhaustea den balibidearen bidez lortu diren bidezko giltzak; 3) bortxatutako serralta irekitzeko ugazabak erabiltzen ez duen beste edozein baliabide. Horretaz gain 239. atalean zehaztu egin da atal horren ondorioetarako giltzat hartzen direla txartelak, bai magnetikoak, bai zulodunak, eta urrunetik irekitzeko erabiltzen diren mando edo tresnak.

97. Ziklomotorrak barne.

Legean hala zehaztu delako, *iruzurtzat*⁹⁸ hartzen dira iruzur informatikoak⁹⁹. Hau da, beste norbaiten kalterako eta baimenik gabe egin den ondasunen aldatetan ez zaionean inolako kantitaterik eman iruzur egin zaionari eta aldaketa hori informatikaren edo antzeko baliabideren baten bidez egindako manipulazioaren ondorioa denean (248,2. artikulua).

Bidegabeko jabetzei dagokienez, 254. artikuluean honako kasu hau ere zehaztu da: norbaitek errakuntza baten ondorioz zerbait (dirua edo gauza higigarria) eskuratzen du eta ondoren ez du bueltatu nahi. Argi dago zehaztasun hori banketxeak bezeroekin dituzten errakuntzetatik babesteko egin dela, nahiz eta beharbada gehiegixko izan horretarako zuzenbide penala erabiltzea.

Jariakorren iruzurren artean dago baimenik gabe eta jabearen kalterako telekomunikazioko terminalak (adb.: telefonoa) erabiltzea (256. artikulua).

Kalzedelitu bezala (50.000 PTAtik gorakoak) 264 II. artikuluan honakoak ere zehaztu dira: norbenak ez diren eta sarearen barnean dauden datuak, programak edo agiri elektronikoak edo informatikako euskarriak edo sistemak apurtzea, gauzaeztatzea edo kaltetzea. Bestalde, arduragabekeriarengatik sortutako kalteak delitu izango dira baldin eta arduragabekeria larria bada eta kaltearen zenbatekoa hamar milio peseta baino gehiago bada. Kasu horietan kaltea zigorgarria izateko derrigorrezkoa da kaltetuak edo legez bere ordezkaria denak (ministerio fiskalak adin txikikoen, ezinduen edo babesik ez dutenen kasuan) salaketa egitea (267. artikulua).

B) Gizartearen kontra egindako delituak

a) Gizartearen kontrako delituen artean *erlijiosentimenduen kontra egindakoak* daude, hala nola, kontzientzia askatasunaren kontrakoak (522 eta 523. artikulua), desohoreak eta eskarnioak (524. artikulua eta ondorengoak)¹⁰⁰, eta hildakoak errespetatzea (256. artikulua).

b) *Senitartekoen harremanen kontra egindako delituak*. Kode berriko II. liburuan izanburu berria egin da delitu horietarako, XII. titulua, hain zuzen ere (217233. artikulua).

Mota horretako delitu gehienak Kode zaharrean ere aipatu ziren: legezkontrako ezkontzak (bigamia, baliorik gabeko ezkontzak, baliorik gabeko ezkontzak baimentzea), ustezko erditzeak eta egoera zibila aldatetak (adin txikikoen salerosketa barne) eta sendiko eskubide eta eginkizunen kontra egindako delituak. Azken horien artean honako hauek daude: babeseginkizuna ez betetzea, adin txikikoak etxetik alde egitera bultzatzea, senitartekoa, adin txikikoa edo ezindua bertan behera uztea, adin txikikoak edo ezinduak eskean ibiltzeko erabiltzea.

98. E. BERMUDEZ OCHOA, "Estafas", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 2, 55. Or. eta ondorengoak.

99. D. LOPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARAN, *El Código de 1995...*, aip., 134. or..

100. Bai erlijio bateko dogma, sinismen, errito edo ozpakizunena, bai inongo erlijioak ez direna edo sinismenik ez dutenena.

Azkenengo multzo horren barnean *banatu edo dibortziatu ondoren eman beharreko laguntzak ez ordaintzea* dago (277. artikulua). Laguntzak horiek emateko arrazoia denboraren iraupena da (bi hilabete jarraian edo ez jarraiak diren lau hilabete) eta ez da beharrezkoa beharrian egoeran edo babesik gabe egotea.

c) *Alor sozioekonomikoaren kontra egindako delituak*¹⁰¹ gizartearen kontrako delituak dira eta, hala badagokie, estatuaren kontrakoak (ekonomia publikoaren alorraren kontrako arauhausteak direnean)¹⁰². Hala ere Kode Penalak XIII. tituluaren barnean, ondasunen kontrako delituekin batera, sartu ditu.

Norbanakoaren ondasunen kontrako delituen eta alor sozioekonomikoaren kontrako arteko nahaste diren bi delitu daude: *kaudimengabeziaren delitua* (257. artikulua eta ondorengoak)¹⁰³ aldaketa garrantzitsuek egin zaizkio delitu horri zuzenbide zibil eta merkataritzakoaren menpe egon ez dadin; horrela delituaren ondorioz sortutako erantzukizun zibila ekidiezina da (258. artikulua) eta hartze-kodunenganako onurak (259. artikulua) edo jokaera faltsuak zigorgarriak izango dira (261. art.) eta *lehiaketa eta enkante publikoetan salneurria aldatzearen delitua* (262. artikulua) (delitu horren edukia ere asko zabaldu da).

Edonola ere, Kode Penal berrian zehaztu diren arlo sozioekonomikoaren kontrako delituak III. tituluaren agertzen dira eta honako hauek dira:

– *jabego intelektualari buruzko delituak* (270-272. artikulua): erreproduzitzea, plagioa, literaturako, arteko edo zientziako lanak banatzea edo jakitera ematea dirua irabazteko asmoarekin, hirugarren baten kaltetarko eta eskubideen jabeen baimenik gabe; delitu mota horren barnean daude ere ordenadoreko programak babesteko erabili den dena delako tresna teknikoa kentzeko edo indargabetzeko helburu bakarrarekin, eta baimenik izan gabe, edozein motako baliabidea egitea, banatzea edo edukitzea¹⁰⁴;

– *jabetza industrialari buruzko delituak*, patenteak eta markak, irudiak, industriako ereduak eta jatorrizkoizendapenak babesteko (273-277. artikulua);

– *merkatuari eta kontsumitzaileei buruzko delituak* (270-286. artikulua)¹⁰⁵, hala nola: enpresako sekretuak haustea (278. artikulua), lehengaiak edo beharbeharrezko gaiak nork bere gain hartzea (281), *publizitadedelitua* (282. arti-

101. V. GIMENO SENDRA, “Los delitos económicos en el Nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 249. zk., 1996; MORENO CANOVES y RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los artículos 2623, 270 a 310 del nuevo Código Penal (Concertados y con jurisprudencia)*, Madril, 1996.

102. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, aip., 889. or. eta ondorengoak.

103. Ondasunen biltzea, porrota, zigorgarriak diren ordaintetako etetea edo lehian jartzea.

104. Edonola ere, delitu horren ezarpenarloan zabalegia da eta komenigarria litzateke helburuak komertzialak diren kasuetara murriztea.

105. Ikus, M. MARCHENA GOMEZ, “Selitos relativos contra el mercado y los consumidores”, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 3, aip., 173. or. eta ondorengoak; A. DE VEGA RUIZ, *Los delitos contra el consumidor en el Código Penal de 1995*, Madril, 1996.

kulua)¹⁰⁶, aparatu automatikoekin neurtutako gaiak fakturatzekoan iruzur egitea (283. artikulua), *insider tradina*¹⁰⁷ eta gaien salneurria aldatzeko trikimailuak (283. artikulua): hau da, baloreen merkatuari buruzko informazio pribilegiatua erabiliz norik berarentzat edo beste norbaitentzat 75 milioko irabazia baino irabazi handiagoa lortzea edo antzeko galerak sortzea (285. artikulua),

– *zerbait ebastea berezko erabipen sozial edo kulturaletik* (289. art.),

– *errezetazio-delituak eta antzekoak* (298304. artikulua): irabazia lortzeko asmoarekin ondarearen kontrako edo alor sozioekonomikoaren kontrako delituen bat edo jabetzaren kontrako arauhausteren bat egin dutenen alde egitea, eta delitu larria den trafikotik lortutako ondasunak *zuritzea* (301. artikulua eta ondorengoak)¹⁰⁸; azken delitu hori arduragabekeria larriarengatik egiten denean zigorgarria izango da (301,3. artikulua),

– *sozietate-delitu* berriak (290297. artikulua)¹⁰⁹: ondareari buruzko gezurrezko datuak ematea, administrazio desleiala, gehiengoa izateagatik edo gezurrezko gehiengoa erabiliz gehiegikeriak egitea, baltzueskubideak erabiltzen ez uztea, ikuskapenak edo gainbegiraketak egiteko oztopoak jartzea, informazio pribilegiatua izateagatik gehiegikeriak egitea. Doktrinak gogor kritikatu du arautze penal hori, haren ustez jokaera zigorgarri horiek bazeudelako jasota merkataritzazuzenbidean eta, ordea, ahaztu egin dituztelako zuzenbide penal konparatuan ezagunak ziren hainbat delitu, hala nola, zenbait erabaki eta kontabilitate ez erregistratzea, batzarretarako deirik ez egitea, egoitza faltsua izatea...¹¹⁰.

Merkatuari eta kontsumitzailei eta baltzuei buruzko delituak ezin izango dira jazarri norbaitek hala eskatzen ez badu; salbuespena izango da delitu horiek interes orokorrei edo pertsona multzo bati eragiten dienean (287. artikulua).

106. 282. atalean honakoa zehaztu da: sei hilabetetik urtera bitarteko zigorra izango dute edo sei hilabetetik hemezortzi hilabetera bitarteko isuna fabrikatzaile edo saltzailearentzat, horrek eskaintzetan edo produktu edo zerbitzuen iragarkietan alegazio faltsuak edo horie buruzko gezurrezko izatera adierazten baditu eta horien bidez kontsumitzaileari kalte larria eta nabarmena sor diezaiokenean; zigor hori ez da beste delitu batzuegatik ezar daitezkeen zigoren kalterako izango.

107. D. LOPEZ GARRIDO, M. GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995...*, aip., 143. or..

108. F. SOTO NIETO, "El delito de blanqueo de dinero. Esquema de las disposiciones legales afectantes al blanqueo", *La Ley*, 4015. zk., 1996; J. ZARAGOZA AGUADO, "Recepción y blanqueo de capitales", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, aip., 449. or. eta ondorengoak.

109. P. FERNANDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valentzia, 1996 Y "Los negocios de riesgo en el Código Penal de 1995", *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, Santiago, 1996, 165. or. eta ondorengoak; J. GARCIA DE ENTERRIA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, 1996; *Delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Madril, 1996; J. M. MARTINEZPEREDA RODRIGUEZ, "Los delitos societarios", "El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales", 4, aip., 349. or. eta ondorengoak; L. RODRIGUEZ RAMOS, "Los nuevos delitos pseudosocietarios", *Bol. del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, 1. zk., hirugarren aldia, 1996, 73. or. eta ondorengoak; ZENBAIT, *Delitos societarios en el Código Penal de 1995*; Bufete Hermosilla, Madril, 1996.

110. E. RUIZ VADILLO, "Prólogo", aip., 17. or..

XIII. titulutik aparte ere badaude zehaztuta alor sozioekonomikoari buruzko delituak. Horren eredu dira, hain zuzen ere, *ogasun publikoaren eta Gizarte Segurantzaren kontra egindako delituak* (305310. artikulua)¹¹¹. Delituok elkarlotuago daude alor ekonomiko publikoarekin eta honako hauek dira:

– *Gizarte Segurantzari egindako iruzurra*; iruzurra hamabost milio baino gehiagokoa denean

– *Zergairuzurra* (hamabost miliotik gorakoa) estatuko ogasunari, aldundikoari, tokiantokikoari edo Europako Batasunekoari (kasu horretan 50.000 ecutik gorakoa denean)

– bidegabeko *dirulaguntzen gozamina* (hamar miliotik gorakoak), Europako Batasuneko aurrekontu orokorretatik edo batasunak administratzen dituen beste aurrekontu batzuetatik bidegabeko diruak lortzea (50.000 ecutik gorakoa)

– *delitu kontablea*: merkataritzakontabilitateari buruzko zergei, liburuei edo erregistro ofizialei buruzko ezbetetze larriak.

Era berean, alor sozioekonomikoaren kontrako delituen artean *langileen eskubideen kontrako delituak* daude (311319. artikulua)¹¹²:

– *lanbaldintzak legezkantpo ezartzea*,

– *eskulanaren legezkantpoko trafikoa* (lanbaimenik ez duten atzerritarrei lana ematea edo lanbaldintzak guztiz txarrak izatea ere delitu horien artean daude),

– *legezkantpoko erreklutazioa*,

– *ezkutuko inmigrazioa, emigrazioa iruzur eginda ezartzea edo bultzatzea*,

– *lanean diskriminazio larria egitea*,

111. E. BACIGALUPO ZAPATER, "El nuevo delito fidcal". *Actualidad Penal*, 1995-12-4/10; J. DELGADO GARCIA, "De los delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social", *La Ley*, 4025. zk., 1996; M. C. GOMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valentzia, 1996; J. M. HERRE-RO DE EGAÑA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, "Estudio sobre el delito fiscal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 289. zk., 1996; M. LAMELA FERNANDEZ, "Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", *La Ley*, 4008. zk., 1996; C. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Estudio de las modificaciones introducidas por la L.O. 6/95*, Madril, 1996; C. MUÑOZ BAÑOS, *Infracciones tributarias y delitos contra la Hacienda Pública*, 1996; J. M. PARETS PLANES, "Delito fiscal", *Cuadernos Jurídicos*, 37, 1996; M. A. RANCAÑO MARTIN, *El delito de defraudación tributaria*, 1996; J. TIRADO ESTRADA, "El concepto de regulación tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito fiscal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 248. zk., 1996; R. DE VICENTE MARTINEZ, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Madril, 1996; M. ZURITA, "Los delitos contra las Haciendas públicas y la Seguridad Social", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, aip., 383. or. eta ondorengoak.

112. M. J. DOLZ LAGO, *Las imprudencias punibles en la construcción desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial (adaptado al Código Penal de 1995) y la ley de prevención de riesgos laborales*, Granada, 1996; J. FERNANDEZ DOMINGUEZ, "De los delitos contra los derechos de los trabajadores", *La Ley*, 4031. zk., 1996; J. A. SAINZ RUIZ, "Los delitos contra los derechos de los trabajadores", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 3, aip., 227. or. eta ondorengoak.

– *astasun sindikalerako edo greba egiteko askatasunaren eskubidea oztopatzea edo mugatzea,*

– *greba egitera hertsatzea,*

– *arriskudelituak, laneko segurtasunari edo higienerari buruzko neurriak hautsi egin direnean (mingarriak edo arduragabeak).*

d) *Lurraldeantolamenduari buruzko eta ondare historikoa eta ingurugiroa babesteari buruzko delituak* (319340. artikulua)¹¹³ Kode Penaleko II. liburuko XVI. titulu berrian daude. Zati hori ia osorik berria da, 325. artikulua da, ingurugiroa babesteari buruzkoa, aurreko Kodetik gutxien aldatu dena (aurreko Kodean 347 bis artikulua zen). Alor horretan honako delitu hauek zigortzen dira:

– *hirigintzadelitua*, hau da, zenbait lurzorutan baimenik gabe eraikitzea edo hirigarriak ez diren lurzoruetan ezin baimendu daitekeen eraikuntza egitea,

– era berezian babestuta dauden eraikuntzak eraitea edo eraikuntzei aldaketa garrantzitsuak egitea eta *ondare historikoaren kontrako delituak*; arduragabeak komisio zigorgarria ezar daiteke kalteak sortzen badira (50.000 PTAtik gorakoak) artxiboan, erroldan, museoan, liburutegian, ikastetxean, zientziabulegoan, antzeko erakundeetan edo balio artistikoa, historikoa kulturala, zientziakoa edo monumentalak duten ondasunengan edo aztarnategi arkeologikoan (324. artikulua),

– *baliabide naturalen edo ingurugiroaren kontrako delituak* bi kapitulutan banatu dira Kode berrian:

. lehenengo kapituluan (III. kapituluan) honakoei buruzko ekintzak zehaztu dira: *ingurugirokutsadurari buruzko ekintza mingarri edo arduragabeak, sustantzia toxiko edo arriskutsuetarako legezkantopoko biltegi edo zabortegeiak jarzea eta inguru naturalei egindako kalteak eta*

. bigarrenean (IV. kapituluan) *fauna eta flora babesteari buruzkoak.*

Titulu horretan zehaztutako delitu gehienek administrazioaren menpekotasun handia dute eta funtzionarioen eskuhartzeek eragin handia izan dezake delitu horiek onartzerakoan. Gauzak horrela, eta arlo horri dagokionez, 320, 322 eta 329. arti-

113. A. CABANILLAS SANCHEZ, *La reparación de daños al medio ambiente*, 1996; C. CONDE-PUMPIDO TOURON, "La tutela del medio ambiente. Análisis de la novedades más relevantes", *La Ley*, 4025. zk., 1996; C. LOPEZ-CERON, "Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, aip., 587. or. eta ondorengoak; C. J. LORENTE AZNAR, *Empresa, derecho y Medio ambiente. La responsabilidad empresarial por daños al medio ambiente*, 1996; F. MORALES PRATS, "Delito ecológico y modelo ambiental", *Cuadernos Jurídicos*, 36. zk., 1995; J. J. PREZ DE GREGORIO, "Los delitos contra el medio ambiente", *La Ley*, 3981. zk., 1996; G. RUIZ RICO, *La protección del medio en el ordenamiento jurídico español*, Jaen, 1996; J. A. DE VEGA RUIZ, *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Madril, 1996; A. VERCHER NOGUERA, "Delitos contra la ordenación del territorio", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, aip., 529. or. eta ondorengoak; A. VERCHER NOGUERA, "Delitos contra el patrimonio histórico", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 5, aip., 557. or. eta ondorengoak

kuluetan funtzionarioen prebarikazioak zehaztu dira: eraikuntzako edo erausketa edo era berezian babestuta dauden eraikuntzen aldaketetarako proiektuetan aldeko informazioa ematea, argi eta garbi legezkontrakoak diren lizentziak ematea, horien aldeko botua edo erabakia ematea bai norbere kabuz, bai kide anitzeko kide legez, beti ere, egindakoa legezkontrako dela jakinda egiten bada. Ingurugiroaren kontrako delituen arloan jokera horiek eta ikuskapenak egiterakoan industriaren edo jarduera kutsakorren funtzionamendua arautzeari buruzko izaera orokorreko legeak edo arauen xedapenak hausten ari direla ikusi eta isilpean gordetzen duten agintari edo funtzionarioen jokaerak parekoak dira.

Nahiz eta *basosuteek* (352355. artikulua) ingurugiroaren babeserako garrantzia handia izan, ez dira arlo horretako delituen artean sartu, segurtasun kolektiboaren kontrako delituen artean sartu dira. Ingurugiroaren kontrako delituen artean ez dira sartu *energia nuklearrari eta radioaktibitateari buruzko delituak* (341. artikulua eta ondorengoak), ez eta horiekin lotura handia duten beste *arriskudelitu* batzuk ere, hala nola, gizakien edo ingurugiroaren osotasunerako, osasunerako eta bizitzarako arriskutsuak diren objektu, sustantzia edo organismoak fabrikatzea, manipulatzeko, garraiatzea...edo horiekin zerikusirik duten beste jarduera batzuk egitea ere (348350. artikulua).

e) Goian aipatutako delitu horiek, eta hondamenak ere, XVI. tituluaren hasieran dauden *arrisku katastrofikodun delituen* artean daude, hain zuzen ere, *segurtasun kolektiboaren aurkako delituen* artean.

Horien ondoren, honako hauek aipatu dira: *sute* motak (351. artikulua eta ondorengoak: oinarrizko sumota, basosuteak, baso ez diren tokietako suteak, norberen jabetzako ondasunek jasandako suteak), osasun publikoaren kontrako delituak (359378. artikulua) eta trafikoen kontra egindako delituak (379385. artikulua).

Osasun publikoaren kontra egindako delituen artean honako arloak zehaztu dira, besteak beste: legezkanpoko produktu kaltegarriak edo arriskutsuak egitea edo merkaturatzea (359 eta 360. artikulua), sendagaiak egitea eta saltzea (361362. artikulua), kaltegarriak diren elikagaiak edo produktuak saltzea (363. artikulua), gizakien kontsumorako diren elikagaiak eta haragianimaliak aizuntzea, animalia horiek hiltzea eta horien haragia edo bestelako gaiak jendaurrean saltzea (364. artikulua) eta elikagaiak eta edateko ura kutsatzea (365. artikulua)¹¹⁴.

Drogei eta aurrendariei buruzko delituak ere osasun publikoaren kontrako delituak dira Kode berrian¹¹⁵.

Arlo horretan zigortzen dira droga toxikoak, estupefazianteak edo psikotropikoak landatzea, egitea edo legezkontrako kontsumoa bultzatzea edo helburu hori lortzeko nahiarekin droga horiek edukitzea. Horrelakoak zigortzerakoan astungarria

114. A. DOVAL PAIS, *Fraudes alimentarios. Elementos esenciales*, 1996.

115. M. A. ZAMORA Y VAZQUEZ ALBERT, "Tráfico de sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas y estupeficientes", *Cuadernos Jurídicos*, 42, 1996; eta L. REY HIUDOBRO, "LA nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas", *La Ley*, 3988. zk., 1996.

da drogak hemezortzi urtetik berakoei, minusbaliatu psikikoei edo ohitura kentzeko edo erreabilitazioko tratamendua egiten ari direnei ematea edo droga ikastetxeetan, militarren egoitzetan, gartzeletan edo laguntzazentroetan sartzea edo zabaltzea. Honako kasuetan ere zigorra gogoragoa izango da: ekintza jendearentzat zabalik dagoen tokian egiten denean eta egilea tokiko erantzulea edo enplegatua denean, erruduna agintaria, medikua, funtzionari publikoa, gizartelangilea, irakaslea edo hezitzailea edo drogak zabaltzen dituen erakunde edo elkarteko kide denean dedikazio hori behinbehinekoa izan arren edo erakunde horietako nagusiak, administratzaileak edo arduradunak direnean (astungarriak bi izango dira) edo antolatutako beste edonolako jarduera deliktiboetan partehartzailea denena. Kantitatea handia denean edo sustantzia izundu, nahastu edo manipalutu egin bada osasunari egin diezaiokeen kalte handiagoatuz, orduan ere, zigorra gogortu egin daiteke (369 eta 370. artikulua).

Kode Penal berrian droga trafikoari buruzko delituekin batera aurrendariei buruzko jokaerak ere zigortzen dira (371. artikulua) eta baita prestakuntzaekintzak ere (proposamenak, konspirazioa eta probokazioa) (373. artikulua). Era berean, zehatzmehatz zehaztu dira isunen eta ordainketen zenbatekoa zehazteko irizpideak eta gai hauei buruzko arauak: drogen, produktuen, ekipoen, ibilgailuen... eta delituak egiteko edo deluetatik edo delitu horien irabazietatik lortutako edozein ondasun eta gauza konfiskatzeari buruzkoak (374. artikulua)¹¹⁶, nazioarteko mailan berrerortzeari buruzkoak eta damutasunari buruzkoak (376. artikulua).

Egia esan, arlo horretan gauzak ez dira asko aldatu 1988an eta 1992an Kodean berrikuntzak egin zirenetik eta egungo zigorrak eta indargabetuta dagoen Kodeko 344. artikuluan eta ondorengoetan zehaztutakoak oso antzekoak dira. Zuritzea da gehien aldatu dena; Kode berrian zuritzea ez da legezkontrako drogen trafikoarekin bakarrik lotzen, eta ondarearen kontrako delituen artean sartu dute¹¹⁷.

IV. kapitulua segurtasun kolektiboaren aurkako delitue dagokie eta bertan agertzen dira *trafikoaren segurtasunaren kontrako delituak*:

– *droga toxiko, estupefaziante, psikotropikoen edo edari alkoholikoen eraginpean gidatzea* (381. artikulua),

– *gidatze ausartegia estimurik egin gabe inoren bizitzari* (384. artikulua),

– *trafikoaren segurtasuna oztopatzea*, hala nola, trabak jarri, sustantzia labainkorrak edo sukoiak isuritzea, seinaleak apurtzea edo horiei dena delako kaltea egitea (382,1. artikulua),

– *bideko segurtasuna ez berrezartzea* hala egin behar denean (382,2. artikulua).

116. Konfiskatu diren baimendutako komertzioko ondasun, efektu edo tresnak erabil egin ditza-kete behinbehinekoz drogen legezkontrako trafikoa jazartzeko ardura duten polizia judizialek (374, 2. atala, bigarren parentesia).

117. SOTO NIETO, "El delito de blanqueo de dinero. Esquemas de las disposiciones afectantes al blanqueo", *La Ley*, 4015. zk., 1996.

Gai horretan egin diren aldaketa nagusiak bi izan dira: batetik, oraingo Kodearen arabera ziklomotorrak motordun ibilgailuen alboan joatea delitua izan daiteke, eta, bestetik, alkoholemia testa edo estupefazienteak edo psicotropikoak direlaeta duzun toxizitate maila jakiteko frogaren bat egitea eskatzerakoan ezezkoa emateari buruz 380. artikuluan egiten diren zehaztapenak. Izan ere, artikulua horretan zehaztutakoaren arabera, ekintza hori desobediencia larriko delitutzat jotzen badute (556. artikulua) zigorra goi mailako askatasun kentzea izan daiteke eta zigorraren iraupena ikertzen ari diren deliturako aurreikusita dagoena, hau da, alkoholaren edo drogen eraginpean gidatzeari dagokiona. Puntu hori eztabaida gaia da askorentzat eta batzuen ustez Konstituzioaren aurka doa.

f) Gizartearen kontrako jokaerekin bukatzeko *faltsutasundelitua* (XVIII. titulua).

Faltsutasundelituak hauexek dira:

– *dirua faltsifikatzea*, diru hori zabaltzea barne (nahiz eta on ustearekin egin; gutxienez ere 50.000PTA) (386389. artikulua),

– *agiriak faltsutzea*, publikoak, ofizialak zein merkataritza arlokoak, edo telekomunikazioen bidez igorritako mezuak, agiri pribatuak faltsutzea, egiaztagiriak faltsutzea, (390399. artikulua)¹¹⁸,

– *egoera zibila usurpatzea* (401. artikulua),

– *eginkizun publikoak usurpatzea*; agintari bati edo funtzionari publikoari berez dagozkion eginkizunak legezkontra beste batek betetzea, berak egindako-aofiziala dela sinistaraziz (402. artikulua),

– *intrusismoa* (403. artikulua)¹¹⁹.

Kode berria egiterakoan ahalegin handia egin da arlo horretan lehen zeuden kasu guztiak nolabait gutxitzeko eta arauak gaur egungo garaira egokitzeko. Horren adibide dugu dirua esaterakoan kontuan hartu diren bakarrak ez direla Espainian edo atzerrian indarrean dauden txanponak edo paperezko bileteak, kreditu eta zortxartelak eta bidaiatxekeak ere kontuan hartu dira (387. artikulua). Era berean, eta agirien faltsifikazioari dagokionez, 26. artikuluan zehaztutakoaren arabera agiria honako hau da: frogatu egin daitekeen edo garrantzia juridikoa duen dena delako datu, ekintza edo narrazioa adierazten edo duen edozein material. Gauzak horrela, zinta magnetofonikoak, bideoak, ordenagailuko zerrendak eta abar ere agiriak dira.

118. Agirien faltsifikazioari buruz, R. ESCOBAR JIMENEZ, “Las falsedades documentales”, *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, aip., 425. or. eta ondorengoak; P. FERNANDEZ PANTOJA, *El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madril, 1996; VILLACAMPA ESTIARTE, “Sobre la tipificación de las falsedades documentales en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 1996-1-22/28.

119. Intrusismoari buruz, J. A. CHOCLAN MOLTALVO, “Intrusismo con ánimo de lucro y esta-fa”, *Actualidad Penal*, 1996-4-22/24.

C) Estatuaren kontrako delituak

a) Kode zaharra indarrean zegoen azken urteetan hainbat aldaketa egin ziren funtzionarioen eta Justizi Administrazioaren kontrako delituen arloan eta horrela erraztu egin zieten bidea Kode Penal berria egiterakoan administrazio korruptzioa aurreikusi eta konpondu nahian zebiltzatenei¹²⁰. Horrela, bada, Kode berrian zehaztu diren administrazio publikoaren kontra egin daitezkeen delitu gehienak (XIX. titulua) eta Justizi Administrazioaren kontrako gehienak (XX. titulua) Kode zaharrekoak dira.

Administrazio publikoaren kontrako delituak ondorengo hauek dira (404. artikulua eta ondorengoak)¹²¹:

- prebarikazioa;
- lanpostua bertan behera uztea eta delituei aurre egiteko betebeharra ez betetzea;
- desobedientzia, laguntza ez ematea;
- agirizaintzako desleialtasuna eta sekretuak ezagutzera ematea;
- funtzionarioeroskeria pasiboa¹²² eta aktiboa¹²³,
- influentziatrafikoa;
- bidegabeko erabiltzeak;
- iruzurrak eta legezkontrako ordainarazpenak;
- funtzionario publikoek eginkizunak betetzerakoan abusuak egitea eta debekatuta dituzten negoziazioak eta jarduerak egitea.

Honakoak *Justizia Administrazioaren aurkako delituak* dira (446. artikulua eta ondorengoak):

- prebarikazioa (mingarria eta arduragabekoa), epaileena eta magistratuena; mota horretako delituen artean daude epeiketa egiteari ezezkoa ematea eta Justiziako Administrazioak gauzak maltzurkeriaz atzeratzea;

120. P. CRESPO BARQUERO, "Corrupción y tráfico de influencias", *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, 4, aip., 481. or. eta ondorengoak; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y I. OLAIZOLA NOGALES, "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 223, 1995.

121. I. VELEJE ALVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario. El delito de cohecho (adaptado al nuevo Código Penal)*, Madril, 1996; R. HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, "Malversación", *La Ley*, 4004. zk., 1996; H. ROLDAN BARBERO, "EL delito de desobediencia funcional", *La Ley*, 3982. zk., 1996.

122. Delitua edo delitua ez den bidegabeko ekintza egitearen truke onurak lortzea edo eskatzea edo lortzeko promesa eskatzea. Baita karguan berezko den ekintza denean edo eginbeharrekoa den ekintza bat ez egitearen truke ere.

123. Partikularrek egindako ekintzak, helburua agintariak edo funtzionario publikoak galbideratzea denean. Orain ez da mota horretako ekintza karguari dagokion legezko jarduera egiteagatik opariak eskeintzea.

– pertsonen bizitzaren, osotasunaren edo osasunaren, askatasunaren edo askatasun sexualaren kontrako *delituak eragozteko betebeharrak ez betetzea*, norbera edo besteak arriskuan jarri barik berehalako eskuhartzearekin saihas daitezkeenean, eta delituen jazarpena bultzatzearen ezbetetzea;

– *estalketa*; Kode berrian ez da parte hartzeko era bat; egun, aparteko arauhaustea da;

– *norberen eskubidearen hautazko betetzea* (oraingo Kodean ez da beharrezkoa zordunaren zerbaitetaz jabetzea);

– *delituen salaketa eta denuntzia faltsua eta delituak simulatzea*;

– *testigantza faltsua ematea*;

– *justiziari oztupoak jartzea eta desleialtasun profesionala*;

– *kondenak haustea*.

b) *Konstituzioaren kontrako delituak* (472. artikulua eta ondorengoak)¹²⁴:

– *matxinada*,

– *Koroaren kontrako delituak*,

– *Estatuaren erakundearen eta botere banaketaren kontrako delituak*;

– *oinarrizko eskubideak erabiltzeari eta askatasun publikoei buruzko delituak diskriminazioa, legezkontrako batzarrak eta manifestazioak egitea, legezkontrako elkarteak eta ordezkari zerbitzu sozialak betetzeari buruzkoak*;

– *funtzionarioek Konstituzioko bermeen kontra egiten dituzten delituak*: askatasun zibikoak askatasunez erabiltzearen kontrako delituak¹²⁵, abokatua izateko eskubideari eragozpenak jartzea, adierazpenak, batzarrak eta elkarteak egiteko askatasunaren kontrako delituak, jabetza legezkontra kentzea, norbanakoaren askatasunaren kontrako delituak, bizilekuaren bortxaezintasunaren eta intimitatearen beste berme batzuen kontrako delituak;

– *Espainia iraintzea*.

Konstituzioarekin egin zen aldaketa politikoarekin bat etorritik delitu horie buruzko eztabaida politiko sakona egin zen eta zenbait puntu aldatu egin ziren.

Matxinadadelituaren kasuan, adibidez, lehen Estatuko Jefearen kontrakoa zen baina orain, ordea, erregearen eta erregeordearen kontrakoa da eta, gainera, matxinadadelitua izateko beharrezkoa da aldamendua publikoa izateaz gain borritza ere izatea (471. artikulua).

Oraingo Kodean zabalagoa da eta hobetu egin da Koroaren babes (485. artikulua eta ondorengoak), Estatuko erakundeena eta autonomi erkidegoena (eta

124. F. FERNANDEZ RODERA, “Los delitos de rebelión y sedición”, *La Ley*, 4014. zk., 1996.

125. H. ROLDAN BARBERO, “El delito de impedir el ejercicio de los derechos cívicos”, *La Ley*, 4002. zk., 1996.

horren kideena) (492. artikulua eta ondorengoak); zehatz aurrekusi dira zigorrak parlamentuaren aurrean aurkezko betebeharra eta parlamentuko ikerketabaztordeei egia esateko betebeharra hausten dutenentzat eta Herriaren Defendatzailearen, Kontu Auzitegiaren edo autonomi erkidegoen pareko erakundeen ikerketeei oztupoak jartzen dizkietenentzat (502. artikulua).

Eskubide Konstituzionalen kontrako delituetan puntu berri bat sartu da, *diskriminazio zigorgarria*¹²⁶, hain zuzen ere:

– talde edo elkarten kontrako diskriminazioa, gorrotoa edo bortizkeria probokatzea arrazoa arraza, antisemitismoa, pentsakera, erlijioa, sinismena, sendiaren egoera, senideko kideak etnia edo arraza batekoak izatea, sorburua, sexua, sexuorientazioa, gaixotasuna edo minusbalia denean (510,1. artikulua);

– arrazoi berberengatik (pentsakera, erlijioa edo sinismenak...) talde edo elkarte bati buruzko informazio iraingarria zabaltzea, egiarenganako mespresu ausartegiarekin eta gezurra dela jakinda;

– arduradunak norbaiti edo taldeari eskubidez dagokion herrizerbitzuko prestazioa ez ematea, ez emateko duen arrazoa pentsakera, erlijioa edo sinismena, etnia edo arraza batekoa izatea, sorburua, sexua, sexuorientazioa, sendiaren egoera, gaixotasuna edo minusbalia denean (511512. artikulua)¹²⁷.

Murritzitu egin da *legezkontrako batzarrak edo manifestazioak* direlaeta zigortua izan daitekeen jendeesparrua (513. artikulua eta ondorengoak). Batzar edo manifestazio horietara doazenak ezin daitezke zigortu ez badaramate armarik edo objektu arriskutsurik edo ez badute bortizkeriarik erabili; eta oraingo Kodean ez dago aurreikusita erantzukizun penalik debekatu edo sakabanatu den batzarra edo manifestazioa egiten edo berriz egiten saiatu direnentzat¹²⁸.

Aldiz, *legezkontrako elkarten zerrenda* luzeagoa da; legezkontrako elkar-temota berri bi sartu dira: helburu batzuk lortzeko asmoarekin nortasuna aldatzeko edo kontrolatzeko baliabideak erabiltzen dituzten elkarteak, baliabide horiek legezkoak izan arren (515-3. artikulua), eta pertsona, talde edo elkarten kontrako gorrotoa edo bortizkeria sustatzen edo bultzatzen dutenak, horretarako arrazoa ideologia, erlijioa edo sinismena, kideetarikoa bat edo batzuk etnia, arraza edo herrialderen batekoa izatea, sexua, sexuorientazioa, sendiaren egoera, gaixotasuna edo minusbalia denean (515-5. artikulua). Banda armatuak eta elkarte edo talde terroristak ere legezkontrako elkarteak dira (515-2. artikulua).

Aurreko Kode Penalean bezala, funtzionarioek ere egin ditzakete *Konstituzioaren bermeen aurkako delituak*:

126. C. CONDE-PUMPIDO TOURON, "La tutela de la igualdad: discriminación de la discriminación en el nuevo Código Penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 241, 1996.

127. Horretaz gain, eta lehenago ere aipatu dugu, Kode berrian astungarri orokor bat agertzen da; hain zuzen ere, delitua egiteko arrazoa antisemitismoa, biktimaren arraza, pentsakera, erlijioa, sinismena, etnia, arraza edo herrialde batekoa izatea, sexuorientazioa, gaixotasuna edo minusbalia denean (22,4. atala).

128. Ikus indargabetutako Kode Penaleko 169. atala.

- norbanakoaren askatasuna (529. artikulua eta ondorengoak);
- bizilekuaren bortxaezintasunaren eta intimitateeskubidea paperetan edo agirietan, postan, telegrametan, komunikazioetan eta telekomunikazioetan (534. artikulua eta ondorengoak);
- norbanakoaren beste eskubide batzuk (537. artikulua eta ondorengoak): atxilotuak abokatua izateko eta atxilotzearen arrazoiak eta dituen eskubideak jakiteko eskubidea, berri emateko, elkartzeko eta batzarrak egiteko eskubidea, jabetzaeskubidea eta gainontzeko eskubide zibikoak.

Espainia iraintzeari dagokionez (543. artikulua), egungo Kodean ez da aipatzen Espainia herrialdearen batasunari edo bertako politikari egindako iraina eta, ordea, autonomi erkidegoei egindako irainak aipatu dira.

c) *Ordena publikoaren kontrako arauhauste penalak* (XXII. titulua):

- *albaramenduak*,
- *agintarien kontrako atentatuak*,
- *erresistentzia eta desobedientzia*,
- *desordena publikoak*,
- *armak, munizioa eta lehergailuak izatea, biltzea edo horiekin trafikatzea*,
- *terrorismodelituak*.

Aurreko arauekin konparatuz oso nabarmena da arlo horretan egon den aldaketa; oraingo araudian ez da agertzen desmenegitea¹²⁹ eta terrorismodelituei buruzko aruen ikuspuntua guztiz aldatu da (V. kapitulua, 2. sekzioa: 571-580. artikulua). Arauhauste horiek oso zehaztu dira eta kendu egin dira lehen agertzen ziren ohar orokorrak (astungarriak eta onartu ez diren kasuetarako).

Gaur egun indarrean dagoen testuan ere terrorismodelitutzat hartu dira talde terroristen jarduerak¹³⁰ edo talde horien jardueretan eta helburuetan partaide izatea¹³¹. Baina horiez gain bakar batek egindako terrorismoa ere zehaztu da helburutzat Konstituzioko ordena iraultzea edo pake publikoa era larrian hondatzea

129. E. GIMBERNAT ORDEIG kritikatu egin du, ordea, beste antzeko delitu batzuk oraindik ere Kodean agertzea, beseak beste, erregeari irain egitea (erregearen arbaso eta ondorengoei, erregina ezkonkideari eta erreginaren ezkonkideari) (490. atala eta ondorengoak), estatuko erakundeei edo ejertzitoei (504. atala eta ondorengo); Espainiari eta Espainiaren ikur eta enblemei egindako mesprezuak oraindik ere Kodean daude (534. atala). "Protocólo". *aip.*, XXI. or. eta ondorengoak.

130. Hondamenak, suteak, gizahilketak, lesioak, legezkontrako atxilotzeak, mehatxuak, koakzioak, armak eta lehergailuak bilduta izatea..., ondarearen kontrako delituak, beste edozein delitu.

131. Kode Penalaren arabera partaide izatea honakoa da (576. atala): pertsonak, ondasunak edo instalazioak jagotzea edo horiei buruzko informazioa ematea; biltegiak edo egonlekuak egitea, egokitzea, ematea edo erabiltzea; banda armatuetako, elkarte edo talde terroristekin zerikusia duten kideak ezkutatzea edo leku batetik bestera eramatea; prestaketa egiteko ekintzetan parte hartzea edo horietara joatea eta, orokorrean, aipatutako banda armatu, elkarte edo talde terroristen ekintzetan laguntzile izatea, laguntza ematea (bai ekonomikoa, bai beste edonolakoa).

duen ekintza (577. artikulua). Aurreikusita dauden zigorrak hogeit hamar urte baino gehiagorako askatasuna kentzea dira eta hogeita hamar urtera ere hel daitezke zigorrak (gainditu egiten dute era orokorrean zehaztu diren zigorren muga)¹³². Horretaz gain, 78. artikuluan zehaztutakoari jarraituz, terrorismoko kasuetarako (eta drogatrafikorako) epaileek edo epaimahaikoek ahalmena dute gartzelaonurak edo baldintzapeko askatasuna erabakitzerakoan epaian ezarri diren zigor guztiak hartzea kontuan¹³³

Ordena publikoaren arloan oraingo testuan “debekatutako armak” aipatzen dira “suarmak” aipatu ordez eta, horrela, *armak baimenik gabe izateari buruzko delituaren* esparrua are zabalagoa da, delituak berak aldaketa askorik izan ez duen arren (563. artikulua eta ondorengoak).

Oraingo Kodearen arabera *Agintariei erresistentzia jartzea* atentatuaren maila berean zigortu ahal izateko, larria izateaz gain, aktiboa ere izan behar da (550. artikulua). Erresistentzia pasiboa bada edo aktiboa izan arren ez bada larria 556. artikulua ezarriko da. Artikulu hori dagokie desobedientzia larriko kasuei ere.

Desordena publikoen disziplina aldatu egin da pixka bat (557. artikulua eta ondorengoak):

- taldean jardutea pake publikoaren kontra eginaz eta ekintza horien bidez ordena publikoa hondatzea, lesioak sortzea, ondasunetan kalteak sortzea, bideetan edo sarbideetan oztopoak jartzea arriskua sortuz bertatik dabilentzat edo instalazioak edo eraikinak inbaditzea;

- ordena larri hondatzea epai edo epaitegietako entzunaldietan, agintarien edo batzordeen jendaurreko jardueretan, hautesleketan, bulego edo beste edonolako toki publikotan, ikastetxeetan, edo ekintza kultural edo kirolekintzetan;

- ordena publikoa era larrian hondatzea norbaiti bere eskubide zibikoak betetzen ez uzteko helburuarekin;

- oztopoak jarriz, eten eginaz edo suntsituz honakoetan kalteak sortzea: postan, telekomunikazioetarako lineetan edo instalazioetan, trenbideetan (trenen zirkulazioari kalte larria sortuz), ura, gasa edo elektrizitatea harriguneetara dararmaten kondukzioetan edo transmizioetan;

- lehegailuak edo antzekoak daudela esatea, pake publikoa hondatu nahian eta gezurra dela jakinda.

132. Hala ere, drogen kasuan gertatzen den bezela (376. atala), kasu honetan ere posible da zigorra murriztea, hori orokorrean posible ez den arren. Horretarako delitugileak bere kabuz utzi behar du ekintza eta agintariengana joan behar da ekintzak aitortzeko eta gogoz lagundu behar du delitua ekitzeko, frogak lortzeko bai errudunak identifikatu ahal izateko, bai taldeen eta elkarteen garapena eta ekintzak saihesteko (579. atala).

133. Horrek ez dio kalterik egingo tratamendu arrazoiak direlaeta ondoren Epaila Begiraleak zigorra betetzeko erregimen orokorra ezartzeko har dezakeen erabakiari. Erabaki hori hartu aurretik fiskalak esan beharrekoa entzun beharko du epaileak eta presoaren egoera, berheziketako tramendua nola doan eta gizarteratze pronostikoa zein den izan beharko ditu kontuan

d) *Traizio egitearen delitua*¹³⁴ *eta Estatuaren pake eta independentziaren kontrako*¹³⁵ *delituek eta nazioko defentzari buruzko delituek*¹³⁶ ez dute ia aldaketarik izan. Aipamen berezia merezi duen bakarrak zerbitzu militarren *intsumizioa* (604. artikulua) eta ordezeko zerbitzu soziala (527. artikulua eta ondorengoak)¹³⁷ dira. Azken hori oinarrizko eskubideak erabiltzeari eta askatasun publikoei buruzko delituen artean jarri dute, Konstituzioaren kontrako delituen artean.

Arlo horretan zigortutakoak honakoak dira: soldaduzkara hilabete bat baino beranduago joatea edo ez joatea egiaztatutako arrazoirik gabe, behin joanez gero eta arrazoi legalik gabe soldaduzka bete nahi ez izatea (604. artikulua). XXI. tituluko IV. kapituluko 3. sekzioan ordezeko zerbitzu soziala betetzeari buruzko insumizioa zehaztu da eta hauek dira zigorgarriak diren ekintzak: betebeharrak horretara hilabete baino beranduago joatea, hogeit egun jarraian joan gabe egotea edo hogeita hamar egun ez jarraietan, behin zerbitzua betetzen hasiz gero bete nahi ez izatea (527. artikulua) eta kontzientziatzko eragozpen faltsuak alegatzea (528. artikulua).

Kode berrian intsumizioaren arazoari konponbidea emateko aukeratu den bidea guztiz onartezina da. Ez dirudi berezkoa denik 2000. urtean sartzearen eta modernotasunaren baloreak onartu dituen gizarteak delitugileztat hartzea intsumizioak; hau da, lege horren bidez zigortu egiten diren gazteak bakezaleak dira, ez diete inolako kalterik egiten babes penalik merezi duten ondasun juridikoei eta egiten duten delitu bakarria legea bate nahi ez izatea da, gehienetan kontzientziatzko arrazoiak direlaeta ejertzitzaoren aurkakoak direlako eta ez dutelako bete nahi kasu horietarako ezarri den beste edonolako zerbitzurik. Are gehiago, kontzientziatzko arrazoiatarako ezarri diren arauak indartu egiten dute derrigorrezko zerbitzu militarra. Askatasuna kentzen duen zigorra zehaztu beharrean gaitasungabetze osoa aurreikusteak, 8 eta 12 urtera bitartekoa (527. artikulua), ez da nahikoa arlo horretan zehaztutakoari buruzko iritzia hobetzeko. Izan ere, zigorra larria da (33,2 b artikulua) eta ezohikoa kontuan hartzen badugu zer nolako gaitasungabetzeak zehaztu diren: ohiko gaitasungabetze osoaren kasuan zigortuaren ohorea, lana eta kargu publikoa dira zigorraren oinarria (40. artikulua), baina ari garen kasuan administratioko, erakunde eta enpresa publikoetako edo erakunde autonomoetako enpleguak eta karguak ezezik, dirulaguntzak, bekak edo laguntza publikoak lortzeko aukera ere kentzen dute.

134. Gerrara bultzatzea, aurkakoaren alde egitea, espiotza, Konstituzioaren kontra eginaz gerla deklaratzeko edo bakea sinatzea (581. atala eta ondorengoak).

135. Legezkontrako borroka, neutraltasunaren kontrako ekintzak, tregoa edo armistizioa apurtze, legezkontrako erreklutatzea, etsai den herrialdearekin posta bitarteko harremanak izatea, herrialdetik irtetzea etsaiarekin bat egiteko; atzerriko herrialdeetako gobernuen xedapenak betetzea edo argitaratzea, atzerriko gobernuen, taldeekin edo elkarteekin egindako inteligentzia, ezkortasuna (589. atala eta ondorengoak).

136. Nazioko segurtasunari buruzko sekretuak eta informazioa lortzea eta jakitera ematea, zerbitzu militarra egiteko betebeharraren kontrako delituek.

137. M. ALENDA SALINAS, *El régimen de la prestación social de los objetores de conciencia*, Valentzia, 1996; J. A. SAINZ RUIZ, *Objeción de conciencia e insumisión al servicio militar, regulación legal y jurisprudencia*, 1996.

D) Nazioarteko elkartearen kontrako delituak

Nazioarteko elkartearen kontrako delituak (605616. artikulua) II. liburuko azkenengo tituluaren bildura (XXIV. tituluaren) eta bertan aurreko Kodearen Estatuaren kanposegurtasunaren kontrako kasuak zirenak zehaztu dira, gaur egun beste esanahi bat eman zaien arren.

Nazioarteko elkartearen kontrako delituak dira:

– *jendeak dituen eskubideen kontrako delituak*: atzerriko Estatuaren jefeen edo nazioartean babesa duten pertsonen bizitza, osasun eta osotasun fisikoaren kontra eraso egitea, atzerriko Estatuaren jefeen edo nazioartean babesa duten pertsonen immunitatea bortxatzea (605 eta 606. artikulua);

– *genozidodelitua*¹³⁸, gizahilketaren apologia barne (607. artikulua);

– *gatazka armatuetan pertsonen eta babestuta dauden ondasunen kontra egindako delituak*; arlo horretako delitu gehienak Hayako Hitzarmenean (1899) eta Genevakoan (1949) eta horien protokolo gehigarrietan aurreikusi ziren gerlako kriminalak dira (608614. artikulua): tortura, tratu txarrak, tratu jasanezinak (esperimentu biologikoak barne), borrokan debekatuta dauden metodo edo baliabideak erabiltzea, eraso indiskriminatuak, militarrek ez diren itsasontzi edo aerontziak suntsitzea, errepresaliako erasoak edo ekintzak, herrien ondare kulturala edo espirituala edo herritarrek bizirik iruteko beharrezko diren ondasun zibilak edo ezinbestekoak direnak suntsitzea edo lapurtzea, gerrapresoen, zibilen, osasun zerbitzuetako langileen, erlijiosoen edo laguntzaelkarteetako, osasuneko unitate edo garraioen, neutralizatutako guneen, presoeremuen, babesik gabeko herrien edo militarrek gabeko eremuan kontra egindako delituak eta Espainiak onartu dituen nazioarteko beste hitzarmen batzuk bortxatzea borroka bideratzeari, zaurituen, gaituen eta itsasoaren galdutako babesari, gerrapresoaren tratuari eta gatazka armatuetan ondasun kulturalen babesari buruzkoak.

2. Hutsegiteak

II. liburuan, eta Kode berriko terminologiaren arabera, arauhauste larriak eta ez hain larriak jaso dira eta hutsegiteak (arauhauste penal arinak) III. liburuan¹³⁹. Izan ere, liburu hori oso gutxi landuta dago eta geroa eta laburragoa da.

Hutsegiteak, 13,3. artikuluarik jarraituz, legeak zigor arinekin zigortzen dituen arauhausteak dira; zigor arinak, era beran, 33,3. artikuluan daude zehaztuta.

Hutsegiteak lehen esan bezala arauhauste arinak direnez irizpide bereziak daude eskuhartze penalerako:

Hutsegiteak zigortu ahal izateko egitezkoak izan behar dira, hutsegitea pertsonen edo ondarearen kontra egiten saiatu direnean ezik (15,2. artikulua).

138. Delitu hori preskribaezina da (131,4. atala)

139. Guztiongatik, M. AYO FERNANDEZ, *Las Faltas en el Código penal y el Juicio Verbal de Faltas. Especial consideración al Nuevo Código Penal*, 3. arg., Iruñea, 1996.

Bestalde, hutsegiteari dagokion zigorra ezartzerakoan epaileak askoz ere askatasun handiagoa du: ez dio zertan jarraitu behar 6172. artikuluetan zehaztutakoari (egitemaila, egiletasuna eta parte hartzea, aringarriak eta astungarriak, guztizko salbuesleak) eta kasuaren eta egilearen inguruabarrak kontuan har ditza-ke (638. artikulua). Edonola ere, konkurtso arauak erabili daitezke (7379. artikulua).

Zenbait hutsegiteren kasuan legeak eskuhartzeko beharrezkoa da bidegabekeria jasan duenak edo horren ordezkari legalak salaketa egitea¹⁴⁰: 620. artikulukoak, mehatxu eta hertsapen arinak, pertsonen kontrako erruzko hutsegiteak(621. artikulua) eta balio handirik ez duten edo gehienez ere 50.000 PTAko balio duten jabetzen mugak aldatzea (legeak eskuhartzeko derrigorrezkoa da kaltetuak salaketa jartzea) (624. artikulua). Kasu horietan, 639. artikuluan zehaztutakoari jarraituz, salaketarik ez jartzeak ez du esan nahi aurreikusteko izapiderik egingo ez denik.

Kode Penalean bildu diren hutsegiteak (III. liburuan jarraian dauden tituluetan) honela sailkatu dira:

- pertsonen kontrako hutsegiteak
- ondarearen kontrako hutsegiteak
- interes orokorren kontrako hutsegiteak
- ordena publikoaren kontrako hutsegiteak

A) Pertsonen kontrako hutsegiteak

Pertsonen kontrako hutsegiteak dira delituak ez diren *lesio mingarriak* (617,1. artikulua), hau da, medikuak ikusi behar izan arren ez dutenak medikua-ren edo kirurgiako tratamendurik behar (ez da tratamendutzat hartuko medi-kuak lesioaren jarraipena egitea edo kontrolatzea).

Ondorengo hauek ere pertsonen kontrako hutsegiteak dira:

- *tratu txarren* hutsegiteak; beste norbati tratu txarrak ematea edo jotea lesio-rik sortu gabe (617,2. artikulua),

- *adin txikikoen, ezinduen edo pertsona nagusien edo babesik gabeko ezgaituen kontra egindako zenbait ekintza*: adin txikikoa edo ezindua abondo-natuta dagoenean agintariengana, senitartekoengana ez eramatea edo lagun-tzarik ez ematea (618. artikulua), babesik gabe eta errudunaren zainketen pentsura dauden nagusiei edo ezgaituei laguntzarik ez ematea (619. artikulua), agintari judi-zialak edo tutoretza duen erakunde publikoak hartutako erabakiak ez betetzea, ezbe-tetzen hori delitua edo desobedientziazko hutsegiteak ez denean (622. artikulua),

- *arma edo tresna arriskutsuekin mehatxu arinak egitea edo errietetan ate-ratzea baina ez bidezko defentsa egiteko eta bidegabeko eta izaera arindun mehatxu, hertsapen, irain edo laido*; legeak eskuhartzeko kaltetuak salaketa egin behar du (620. artikulua).

¹⁴⁰. Edo ministerio fiskalak kaltetua adin txikikoa, ezindua edo babesgabekoa bada. (639. atala).

– *gizahilketa eta/edo arduragabekeria arinagatik lesioak edo arduragabekeria larriagatik lesio ez hain larriak* (147,2. artikulukoak) *sortzen dituzten jokaerak*; kasu horietan ere beharrezkoa da salaketa jartzea¹⁴¹ eta eskubideak kentzen dituen zigorra ezartzeko beharrezkoa da hutsegiteok motordun ibilgailuarekin, ziklomotorrarekin edo arma batekin egitea.

B) Ondarearen kontrako hutsegiteak

Gauzak *ebastea* edo *lapurtzea* (indarkeria edo larderia erabiltzen den kasuetan ezik) eta *norberena ez den motordun ibilgailua edo ziklomotorra ebastea*, gauzaren balioa edo erabili den ibilgailuaren balioa 50.000 PTA baino gutxiago denean (623-1. eta 3. artikulua).

Norbaitek gauza higigarri baten bidezko jabetzan duenean jabeak berak edo jabearen baimenarekin lapurtzea, bidezko jabetza dueneri edo beste hirugarren bati (furtum possessionis) kalteak sortuz. Gauzaren balioa gehienez ere 50.000 PTA izan behar da.

Elektrizitatean, gasean, uran edo beste elementu, energia edo jariakorrean edo telekomunikazioetako bukaeraterminaletan iruzur egitea edo bidegaeko jabetza hartzea, kantitatea 50.000 PTA baino gutxiago denean. (623,4. artikulua)

Mugak edo edozein mugarri edo seinale aldatzea, balio handirik ez dutenean edo balioa gehinez ere 50.000 PTAkoa denean (624. artikulua).

*Nahita sortu diren kalteak*¹⁴², kaltea 50.000PTA baino gutxiago denean. Kasu horiek larriagoak izango dira ondasun historiko, artistiko, kultural edo monumentalari egin zaionean kaltea (625. artikulua).

Jabetza publikoa edo pribatua duten ondasunak nolabait itxuragabetea administrazioaren edo jabearen baimenik gabe (626. artikulua).

Europako Batasuneko Ogasunari 4.000 ecu baino gehiagoko iruzurra egitea, zergak eta atxikipenak ez ordainduz, dagokien dirusatzea ez eginaz, behar ez bezalakoak diren itzultzeak lortuz edo bidegabeko onura fiskalak lortzea (627. artikulua).

Europako Batasuneko aurrekontu orokorrei edo horrek administratzen dituen beste aurrekontu batzuei iruzur egitea edo aurrekontu horietatik behar ez bezalako fondoak lortzea, kantitatea 4.000 ecu baino gehiago denean

141. Gauza bitxia, arduragakeria larriarengatik egindako gizahilketan ere delitu jazarri ahal izateko beharrezkoa da salaketa egitea, baina salaketa ez du kaltetuak egin behar, bidegabekeria jasan duenak baino (hau da, hildakoak). Kontuan hartzen badugu ordezkariak guztiak bukatu egiten direla heriotzarekin, hildakoak ez du legezko ordezkorik. Gauzak horrela delitu jazartzeko era bakarra 639. atala ezartzea da; horren bidez bidegabekeria jasan duena adin txikikoa, ezindua edo babesgabea denean jazarpena ministeri fiskalak egin dezakela zehaztu da.

142. Kode Penal berriaren arabera ez dira zigorgarriak arduragabekeria arinagatik sortutako kalteak, ez eta arduragabekeria larri denean baina kalteak hamar milioitik beherakoak direnean ere (267. atala).

eta erabilitako bidea honakoa denean: dirusarrerak ez egitea, lortutako fondoak horiei dagokien helbururako erabili beharrean beste zerbaitarako erabiltzea, fondoak lortzeko beharrezko diren baldintzak betetzeko gezurra esan edo fondoa lortzea galerazten duen baldintzaren bat ez aipatzea (628. artikulua).

C) Interes orokorren kontrako hutsegiteak

Txanpon, bilete, postazigilu edo gauza tinbratu faltsuak saltzea (baina ez edukitzea), *on ustearekin lortu direnean eta kantitatea 50.000PTA baino txikiagoa denean* (629. artikulua).

Bertan behera uztea edo adin txikikoak ibiltzen diren tokietan uztea ziringak edo pertsonentzako egoera arriskutsuan arriskutsuak izan daitezkeen edo gaixotasuna kutsatu dezaketenak tresnak (630. artikulua).

Ugazabak animalia basatiak edo kaltegarriak askatzea arriskua eraginez (arriskua eragiteko moduan) (631. artikulua).

Etxabereari edo legezkontra egindako ikuskizunetan erabiltzen den beste edozein animaliarri tratu krudela ematea (632. artikulua).

D) Ordena publikoaren kontrako hutsegiteak

Desordena publikoak, 558. artikuluan aipatu ez direnak eta epaietan edo epaitegietan, ekintza publikoetan, kirolikuskizunetan, kultur ikuskizunetan, ospakizunetan edo jende asko biltzen den batzerretan ordena era arinean hondatzea (633. artikulua).

Agintariak edo horien agenteak beren eginkuzunak betetzen ari direnean ez errespetatzea, zor zaien begirunea ez izatea edo desobedientzia arina (hau da: erresistentzia pasiboa edo aginduak ez betetzea erasorik egin gabe eta indarkeria edo larderia erabili gabe, erresistentzia aktiborik egin gabe).

Pertsona juridikoaren edo pribatuaren etxebizitzan, bulegoan, merkataritzaestablezimenduan edo jendearentzat zabalik dagoen lekura indarrez sartzea (barruan jabearen nahiaren kontra egonaz eta itxita egoteko ordutegia denean) (635. artikulua).

Erantzukizun zibileko derrigorrezko aseguruak izan gabe jarduerak egitea (636. artikulua), *jarduera horiek agiteko derrigorrezkoa denean aseguru hori izatea: motordun ibilgailuak erabiltzeko edo horiekin ibiltzeko, ehizarako, bidai edo garraio kolektiboetarako, arrisku nuklearretarako, produktu toxiko edo arriskutsuak ekoizteko eta gestionatzeko, lehergailu piroteknikoak manipulatzeko edo erabiltzeko, odola emateko edo odolbankuetarako, meategietarako edo industriako jardueretarako, gasaren, berogailuaren, aireegokituaren, ur beroaren instalazioetarako, suitzalgailuetarako...*

Erabilera publikoa edo berez ez dagokion erabilera ematea uniformeei, trajei, intsigiei edo kondekorazio ofizialei edo jendaurrean ez daukazu ikasketatitulu bati dagokion nolakotasun profesionala duzula esatea (637. artikulua).

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

211 - 248

1995eko KODE PENAL BERRIA BIKTIMOLOGIAREN IKUSPUNTUTIK*

Antonio BERISTAIN

Kriminologiaren Euskal Institutoaren zuzendaria

Laburpena: Arlo doktrinal, legal, judicial, jurisprudenzial, penitentziario eta polizialean gazteleraz biktimologiari arreta handirik ez zaiola eskaini gogoan hartuz, lanaren hasieran laburpen bat agertzen da gaur egungo zientzia biktimologikoari buruz. Erreferentzia berezia egiten zaie bertan biktimen motei eta kontzeptuei. Baita hauek berez duten indar birtualari ere, lege-hausteak -delituak, patentizatu egiten baita berorren existentzia- biktimizatu edota deusezdu dituen eskubideen eta ondasunen errekreazio baita indar hori. Gero, nolabait, zigor kode berriko (eta osagarri den legeriko) berrikuntza biktimologikorik esanguratsuenak aztertzen dira -espero eta beharrezkoak direnak baino gutxiago-, baita euretan ikusitako hutsunerik larrienak ere. Amaitzeko, polizia herritarrengandik eta biktimengandik "gertu" egotearen pertzepzioa eta balorazio soziala komentatzen dira.

Resumen: Ante la tan escasa atención que en castellano se presta a la Victimología en el ámbito doctrinal, legal, judicial, jurisprudencial, penitenciario y policial, comienza el trabajo con un resumen de la actual ciencia victimológica, con especial referencia a los conceptos y las clases de las víctimas y la fuerza virtual de éstas como recreadoras de los derechos y los bienes que la infracción –el delito, cuya existencia se patentiza– ha victimizado y/o destruido. A continuación se analizan las, en cierto sentido, más significativas innovaciones –menos de las esperadas y necesarias– victimológicas en el nuevo código penal (y escasa legislación complementaria), así como las lagunas de más urgente superación. Finalmente, se comenta la percepción y valoración social acerca de la policía en su "cercanía" a los ciudadanos y las víctimas.

Summary: Seeing the lack of attention rendered in the Spanish language to Victimology concerning doctrine, legal, judicial, jurisprudential, penitentiary and police matters, the task is addressed with a summary of current victimology science, stressing upon the reference made to concepts and types of victims and the virtual strength of the latter as recreator of rights and assets that infringement –the offense whose existence has been revealed– has either victimized and/or destroyed. The following is, in a certain sense, an analysis of the most significant victimological innovations –less than could be expected and desired– in the new Criminal Code (and the scarce complementary legislation), plus the lagoons which require the most urgent improvement. Finally, comments are made on the perception and social assessment of the police with regard to its "proximity" to both inhabitants and victims.

* Eskerrak ematen dizkiogu *La Ley* aldizkariari *Eguzkiloren* testu hau argitaratzeko baimena emateagatik (aldizkari horren 4.302 eta 4.303 zenbakietan argitaratuta zegoena alegia).

Résumé: Etant donné le peu d'intérêt manifesté en Espagnol pour la Victimologie en matière doctrinale, légale, judiciaire, de jurisprudence, pénitentiaire et policière, le travail débute par un résumé de la science victimologique actuelle. Il fait référence particulièrement aux concepts et aux genres des victimes et à la force virtuelle de ces dernières en tant qu'animatrices des droits et des biens que l'infraction –le délit, dont l'existence devient évidente– a rendu victime et/ou a détruit. Puis, ce travail présente une analyse des innovations victimologiques qui sont, dans un certain sens, les plus notoires –moins de celles qui sont attendues ou nécessaires– dans le nouveau code pénal (et législation complémentaire rare), ainsi que les lacunes en attente d'une solution plus urgente. Il s'achève finalement par un commentaire de la perception et de l'opinion sociale au sujet de la police dans son "rapprochement" vis-à-vis des citoyens et des victimes.

Auszug: Mit Rücksicht darauf daß man sich auf Spanish sehr wenig auf belehrend, gesetzlich, gerichtlich, rechtswissenschaftlich, strafrechtlich und politisch Gebiet um die geschädigten Lehre kümmert, fängt die Arbeit an mit einem Auszug der heutigen Geschädigter Lehre, mit spezieller Bezug auf die Ideen und die Klassen der Schlachtopfer und die schlummernde Kraft von diesen als Rechtsschöpfer und die Güter die strafbare Handlung –das Verbrechen dessen Existenz oft verwandtschaftliche verhältnisse hat– beschädigt oder vernichtet. Danach werden die wichtigsten Neuerungen – außer die notwendigen und erwarteten – in der Geschädigter Lehre im neuen strafgesetzbuch (und sehr wenig ergänzende Gesetzgebung) analysiert und auch die Lagen die überwunden werden müssen. Am Ende wird die Wahrnehmung und soziale Wertbestimmung über die Polizei und Ihre Nähe an die Bürger und Schlachtopfer besprochen.

ESKAINZA:

*Jose Ignacio Ullibarriri,
Kriminologiaren Euskal Institututik
benetako esker onez.*

AURKIBIDEA:

1. KODE PENALAREN ALFA ETA OMEGA HIRUGARREN MILURTEKOAN
2. BIKTIMOLOGIAREN OINARRIZKO KONTZEPTUAK
 - 2.1. Biktima kontzeptuak
 - 2.2. Biktima motak eta biktimizazioak
 - 2.3. Biktima, delituaren triangelu birtualean
 - 2.4. Abolizionismotik harago: delitua
 - 2.5. Biktimen protagonismoa
 - 2.6. Biktimizazioaren birtualtasuna
3. BIKTIMOLOGIA ESPAINIAKO KODE PENAL BERRIAN
 - 3.1. I. Liburuko berrikuntzarik aipagarrienak
 - 3.2. II. eta III. liburuetakoak
 - 3.3. Beharizan-egoera larrian dauden biktimei laguntza ematea (Desegoki deituriko eutanasia).
 - 3.4. Gainditu beharreko premiazko hutsuneak
 - 3.4.1. Kode penala
 - 3.4.2. Presondegiei buruzko legeria eta praxisa
4. POLIZIA, BIKTIMA ETA HERRITARREN ZERBITZARI ETA LAGUNA?
5. ERREFERENTZIA BIBLIOGRAFIKOAK
6. BIBLIOGRAFIA

1. KODE PENALAREN ALFA ETA OMEGA HIRUGARREN MILURTEKOAN

“Mundua ekintzen osotasuna da, ez gauzena.

Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge”.

(Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 1.1).

1996ko maiatzaren 25ean ezarri zen indarrean Espainiako kode penal berria, eta logikoa eta beharrezkoa zen, aldi berean, beronen alfa eta omega ere indarrean ezartzea, funtsa eta helburua legeari zor zaion errespetuaren barruan eta arauhausteen erantzunean. Datozen orrialdeetan kode penal berriarekin lortu nahi dena ze puntutaraino lortu den aztertzen saiatuko gara: oinarri berriak sortzea (gaur eta hemen, alfa biktimak dira), artikuluko berriak lantzea (gaur eta hemen, zientzia biktimologikoaren paradigmatik ere hartu behar dituzte) eta helburu berriak jartzea (gaur eta hemen, omega biktimizazioen arreta birtual birsortzailea da).

Biktimen eta berauen birtualtasunaren azterketa egingo dugu lehenengo eta behin, gero artikuluko berrien edukia ikusiko dugu eta, azkenik, polizia herritar eta biktimekin dituen harremanak aipatuko ditugu.

2. BIKTIMOLOGIAREN OINARRIZKO KONTZEPTUAK: BIKTIMAK ETA DELITUAK

2.1. Biktima Kontzeptuak

Orrialde hauetan alde batera utziko dugu biktimaren nozio sakratua, izan ere, antzinako zenbait erlijio eta gaur eguneko sekta batzuek jainkoiei eskaintzen diete biktima eta sakrifikatu egiten dute mito edo promes bat betetzearren, edo begizkoak kentzeko (L. ARROYO ZAPATERO, 1996; E. NEUMAN, 1994, 28. or.). Guri biktimaren oinarritzko kontzeptu *berria* interesatzen zaigu, hain zuzen ere, zuzenbide penalari dagokionean eta, bigarren maila batean, Kriminologia eta Nazio Batuei dagokienean.

Jatorria gerraosteko hamarkadetan koka dezakegu, hau da, 1945 eta 1973 bitartean. Azken urte horren irailean, Jerusalem, Biktimologiari buruzko lehenengo nazioarteko sinposiuma egin zen; sinposium hori gaur egungo Biktimologiaren abiapuntua dugu (M.C. BASSIOUNI, 1988; A. BERISTAIN, 1987).

1945etik aurrera, biktimaren kontzeptu nagusia makrobiktimaren inguruan kokatu da, edo nagusikeriaren biktimaren, hain zuzen ere, nazismoaren biktimaren inguruan, sei milioi judutarren genozidioa dela eta. Makrobiktimizazio horrek azaltzen du, hein batean behintzat, Nazio Batuek, 1985eko Deklarazioan, idazati oso bat (B idazatia), nagusikeriaren biktimei eskaini izana. Deklarazio horretan biktimaren definizio hau egin zen: *“norbanako gisa edo kolektibo gisa, zuzenbide penal nazionalaren arau-haustea izan barik giza eskubideei buruz nazioartean onartuta dauden arauak urratzen dituzten egintzen edo ez-egiteen ondorioz, kalteak jasan dituzten pertsonak: lesio fisiko edo mentalak, sufrimendu emozionala, galera finantzarioa edo funtsezko eskubideen kaltea”*.

Gero, delitu arrunten biktimei buruzko azterketa eta kontzeptua zabaldu zen, batez ere, emakume eta umei, hau da, zaugarrienei zegokienean.

Dogmatika penalean biktimatzat hartzen da, Herrera Morenoren iritizian, bidegabekeria tipikoaren subjektu pasiboa, hau da, egintza antijuridiko tipiko baten ondorioz, euren eskubideetan murrizketa jasan duten pertsonak, eta ez da beharrezkoa izango biktima-eragileak errua izatea. Biktimak, beraz, urratutako ondasun juridikoaren legezko titularrak dira (M. HERRERA MORENO, 1996, 332. or.).

Beste era batera esanda, biktima gisa hartzen dira juridikoki legeek babestutako ondasunetan (batez ere biziaren, osasunaren, jabetzaren, ohorearen, etab.en arloan) kalteak jasan dituzten pertsona natural edo juridikoak. Interesgarriak dira, batez ere, kode penalean tipifikatutako giza jokabideen ondorioz egindako kalteak biltzen dituzten suposamenduak, bai eta kalte horiek giza faktoreen, faktore mekanikoen edo faktore naturalen ondoriozkoak direnean, esaterako lan istripuak (E. NEUMAN, 1994, 29. or.).

Nazio Batuek, delitu eta nagusikeriaren ondoriozko biktimentzako justizia-printzipioei buruzko 1985eko azaroaren 29ko Deklarazioan, hiru biktima motaren definizio labur eta egokia eman dute. Lehenengo biak delituen biktimei buruzkoak dira, eta hirugarrena lehen aipatu dugun nagusikeriaren biktimei buruzkoa da.

Lehenengo bie dagokienez, orain gehien interesatzen zaizkigunak baitira, hauxe dio A idazatian: “1. *Biktimatzat hartuko dira, norbanako gisa edo kolektibo gisa, Estatu Kideetan indarrean dagoen legeria penala (nagusikeria debekatzen duena barne) urratzen dituzten egintzen edo ez-egiteen ondorioz, kalteak jasan dituzten pertsonak: lesio fisiko edo mentalak, sufrimendu emozionala, galera finantzarioa edo funtsezko eskubideen kalte nabarmena*”. Eta, 2. zenbakian hauxe gehitzen da: “*Biktima esapidean, hala badagokio, honako hauek sartzen dira: biktimaren ardurapean dauden senide edo pertsonak, baldin eta beronekin harreman zuzena badute, edo biktimizazioa prebenitzeko*”. (Gero hitz egingo dugu biktimizazioari eta biktimizazio motei buruz).

Gaur egun Biktimologiaren arazo eta gorabeherak aztertzen dituzten zenbait teorizatzailek ohiko eskema juridiko-penalari lotuta jarraitzen dute, izan ere, mugatu egiten dute biktima kontzeptua delituaren subjektu pasibora (edo delitua dela-eta kalteak jasan dituztena), edota mugatu egiten dituzte euren eskubideak konpentsazio edo kalteordain handiago edo zabalago batera (gure kode penalaren 110. artikulua barruan), eta biktimaren eskubideak ahazten dituzte polizi arloari, prozedurari, kartzela arloari eta zigor eta segurtasun neurrien egikaritzari garrantzi handiagoa emanaz. Logikoki delitu guztien subjektu pasiboak biktimak dira, baina biktima guztiak ez dira delituen subjektu pasiboak. Identifikazio hori gainditu beharra dago.

Indarkeriazko eta sexu askatasunaren aurkako delituen biktimei laguntzeko Legeak (35/95 L., abenduaren 11koa, 296 zk.dun EAO, abenduaren 12koa), 2. artikuluan, honako hau dio irizpide egokiz: biktima zuzenez gain (lesioak, etab. jasaten dituztenak delituaren ondorio zuzen gisa), *zeharkako biktimak* ere badaude. Tamalez, larregi mugatzen du zeharkako biktimen kopurua, izan ere, honako hauek bakarrik izan daitezke (zenbait murrizketekin): delituaren ondorioz hil den pertsonaren ezkontidea, seme-alabak eta gurasoak.

Biktimen kontzeptu zabalagoa ezarri du Paraguayko Kode prozesal Penalaren Aurreproketuak, 1994koak, 67. artikuluan. Honela dio: “Biktima. Kode honek biktimatzat hartuko du:

- 1) delitua dela-eta zuzenean mindutako pertsona.
- 2) delituaren ondorioz biktima hilez gero, ezkontidea, bizilaguna edo senidea odolkidetasunezko laugarren graduaren barruan edo adopzioz, edo ezkontz-ahaidetasunezko bigarrena eta testamentuko jaraunslea;
- 3) bazkideak, elkarte bati dagozkion delituetan, baldin eta delitua elkarte hori zuzendu, administratu edo kontrolatzen dituztenek, edo gerenteek egin badute;
- 4) elkarteak, interes kolektibo edo zehaztugabeak kaltetzen dituzten egintza zigorgarriak direnean, baldin eta elkartearen helburuak interes horiekin zuzen-zuzeneko lotura badauka; eta
- 5) komunitate indigenak, diskriminazio edo genozidioa dakarten egintza zigorgarrien kasuan...”

Hitz gutxitan, biktimak, arau-hausteen subjektu pasiboez gain, arau-haustearen ondorioz, zuzenean edo zeharka, kalte nabarmena jasaten duten pertsona fisiko eta juridikoak dira, eta justiziaz, eskubide berri eta garrantzitsuen hartzekodunak dira, nahiz eta gaur egungo hainbat legeriak oraindik bazter utzi edo ukatzen dituzten (M. HERRERA MORENO, 1996, 328. or.).

2.2. Biktima Motak eta Biktimizazioak

Hurrengo orrialdiaren koadroan (Dünkel-enaren (1990, 167. or.), Landrover-enaren (1990, 39. or.) eta Neuman-enaren (1984, 69. or.) antzekoa) zenbait biktima mota bildu dira, erruduntasun maila desberdinekin.

Era berean hiru biktimizazio mota desberdintzen dira: lehen mailakoa, bigarren mailakoa eta hirugarren mailakoa. Lehen mailako biktimizazioa krimenetik ondorioztatzen da zuzen-zuzenean. Bigarren mailako biktimizaziotzat hartzen dira, delituko biktimei, lekukoei eta subjektu pasiboei justizia egiteko ardura duten erakundeek (poliziak, epaileak, perituak, kriminologoak, kartzela-funtzionarioak, etab.) eragiten dizkieten sufrimenduak. Eta hirugarren mailako biktimizazioa, batez ere, biktimaren beraren jokabideak eragiten du: batzuetan, adskripzio eta etiketatze prozesuen eta bizipenen emaitza gisa agertzen da, lehen mailako eta bigarren mailako biktimizazioen ondorio edo “balio erantsi” gisa. Esate baterako, baten batek, lehen mailako eta bigarren mailako biktimizazioak, zentzu batean, harrigarria badirudi ere, emaitza arrakastatsu batera daramala jakinda (komunikabideetan ospea, talde extremisten onespina, etab.), bere buruaren irudi berri hori onartzea komeni zaiola ondoriozta lezake, eta rol horren bidez jasan dituen bidegabekeriak direla-eta bere erasotzaileei (batzuetan, legalak) mendeku hartzea erabaki lezake. Mendeku hartzeko, bere burua delinkuente, terrorista, drogazale, etab. gisa definitzen du. Biktima, heroi eta kanonizatuen artean izaten den zerikusi eta paralelismoa sakon aztertu beharreko kontua da, eta zenbait martiri eta santuen biografiek baliteke azterketa horretan argigarriak izatea. Gehiago aztertu beharko litzateke martiri batzuen eta hirugarren mailako biktimizazioaren arteko harremana. Baliteke heroi eta kanonizatuek eta hirugarren mailako biktimek hainbat puntu izatea amankomunean.

Erruduntasun maila			
Biktima	Mota	Partehartzea	Adibidea
Biktima erabat errugabea	Biktima "ideala"	Partehartze aktiborik gabe	- Bonba establezimendu publikoan - Pertsona bati lapurtu diote jakin barik arriskurik gabeko erdialdeko kale batean - Pertsona bati lapurtu diote ohe-bagoian lo dagoela, arriskurik gabeko trenean
Biktima erruduna partzialki	Biktima, ezkakintasunez edo zuhurtziagabetasunez	Gehiago edo gutxiago, gertakarian parte hartzea	Abortua eragitean hiltzen den emakumea
	Erruduntasun gutxi-ko biktima	Gehiago edo gutxiago, gertakarian parte hartzea	Ezkonberri faltsuari aurrezki-libreta eman dion emakumea
	Borondatezko biktima	Gehiago edo gutxiago, gertakarian parte hartzea	Sendaezineko gaixolari heriotza eragitea, berak nahi izan delako (hilketa-suizidioa)
Biktima erabat erruduna	Biktima probokatazalea	Biktimaren partehartze eskusiboa, zigorgarria ez den gertakari biktimizatzailean	Legitimoki defendatzen den erasotua- ren eraginez hiltzen den erasotzailea.
	Delitua eragin duen biktima	Biktimaren partehartze garrantzitsua gertakari zigorgarrian	Iruzur egiten dioten iruzurgilea Diruarekin harroketan dabilen mozkortiarri kartera ebasten diote
	Biktima faltsua (delitu simulatua)	Salaketa faltsua	Emakume batek gizon bati mendeku hartu nahi dio eta bortxaketa leporatzen dio

2.3. Biktima Delituaren Triangelu Birtualean

Biktimologiaren helburuak lortzeko beharrezkoa da honako hauek onartzea: 1. delituaaren existentza juridikopenala; 2. delituaren oinarrian biktimen ukaezineko garrantzia kontuan hartzea; eta biktimen eta delituaren birtualtasuna. Gai hauei buruz mintzatuko gara aurrerantzean.

2.4. Abolizionismotik Harago: Delitua

“Estatu mailan gizartearen egiturekin bat datorren delituaren egitura bilatu eta aurkitu behar da, gizakia babes-teko (biktima eta biktimarioa), askatasunean eta duintasunean”

(A. Ibañez, J. Sampedro, *Temas de Derecho procesal Penal*, Univ. Javeriana Bogotá. 1995.79. or.)

Penalista adimentsu batzuek deliturik eza aldarrikatu dute; edo hobeto esanda haren abolizioa, Zuzenbide penala indargabetezko ondorio logikoarekin. Louk Hulsman eta Jacqueline Bernat de Celis, M. Foucault, Nils Christie, Raul Zaffaroni-k, besteak beste, ildo honetatik bideratu dituzte euren arrazoibide eta ñabardura zuzen eta egokiak (asko eta asko ñabardurak baino zerbait gehiago dira).

Lehenengo eta behin abolizionismo maila bi bereiztu behar ditugu: A) batetik, delitu nozioari uko egiten diotenak daude. Hauen iritzian ezein giza jokabidek ez ditu biltzen dogmatika penalak kontzeptu horretarako eskatzen dituen betekizunak (ohiko ekintza antijuridikoa, erruduna eta zigorrarekin zigortua); B) beste batzuek, ordea, zigor guztiak baztertzen dituzte, krudelak, kaltegarriak eta funsgabeak direlakoan. Doktrina hauek *ius punendia* ukatzen dute, zigor panalaren funtsa, hain zuzen. Gure hizkuntzan esango genukeenez, boterearen mendekutzat dute zigorra, krimonogenotzat. Arlo honetan oso egoki mintzatu izan da bere lanetan Raul Zaffaroni, bai eta beste zenbait kide ere.

Deliturik eza aldarrikatzen dutenei dagokienez, oso argudio sendoak eman izan dituzte, batez ere zenbait garai historikoren azterketa egin izan dutenean, delitutzat hartutako giza jokabide batzuek ez zituztela egotzitako ezaugarriak argudiatuz. Erotutako pertsonak egindako ekintzak ditugu gogoan, edota neurrigabeko bidegabekeriak gainditzeko asmoz gauzatutako jokabideak, hala nola, grebak, neurrigabeko gainbalioa eurenganatzan zuten enpresa-nagusien gehiegikeria krudelen menpe zeuden langileak babesteko. Eduki-arau penalak ere ekarri behar ditugu hona, bai eta auzitegien praktika judizial inquisitorialak ere.

Logika sendoz arrazoitu izan du L. Hulsman lagun eta kideak, baina ez beti. Esaterako kritikagarria izan daiteke honako elkarrizketa izatea semearekin delinkuenterik ez dagoela frogatzeko:

Pere, est-ce qu’il y a des gens vraiment mauvais?, eta erantzuna: Je ne sais pas, Lodewyk, mais je n’en ai jamais rencontré. (L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, 1982, 45. or.) (*Aita, ba al daude benetako pertsona gaiztoak? –Ez dakit, Luis, baina nik inoiz ez ditut ezagutu.*) (L. HULSMAN, J. BERNAT DE CELIS, 1984, 33. or.)

Arrazoi handia dute hauek eta beste kide batzuek, inor ez dugula delinkuentzat jo behar esatean; auzitegiak pertsonen ekintzak, bai, baina pertsonak ez dituela epaitzen esatean; eta inor ezin duela hiltzaile edo bortxatzailetzat jo esatean... Hala ere, lagunarteko hizkeran, norbait delinkuentea dela esatean delitua egin duela esan nahi izaten dugu, eta ez delinkuentea dela pertsona gaiztoa delako.

Zenbait kideren iritzi hauen parean, delituztat jo behar liratekeen giza jokabideak aipatu nahi ditugu. Arlo honetan, gizarteko elkarbizitza, gutxi gorabehera, *vellis nollis*, nahitaez, asaldatzen duten giza eta gizarte ekintza motak sailkatzen dituen koardoa aipatuko dugu labur-labur.

	I	II	III	IV	V
A Ekintza gatazkatsua	Arau-haustea / delitu erruduna	Zorra	Gatazka	Jakineza / gaitasunik eza	Gabezia / beharrizana / gaixotasuna
B Prozedura / kontrol soziala	Zuzenbide penala / Justizia sistema	Indemnitazioz- koa / Ordaintzekoa/ Konpentsazioz koa (zibila edo penala)	Adiskidetz- koa (zibila, penala edo soziala)	Pedagogikoa (laguntzailea)	Tratamendu medikoa (laguntzailea)
C Erreakzioaren hasiera / eskuhartzea	Komunitatear en Erreak. (polizia) / Biktima	Taldearen Erreakzioa / auzilariak/aur kakoak (lehiakideak)	Komunitatear en erreak. / Ikaslea	Komunitatear en erreak. / Subjektu makurra	
D Subjekt. iden. / gizabanak. arazoa	Delinkuentea/ arriskutsua/ arau-hauslea/- makurra	Zorduna	Auzilariak/aur kakoak (baztertua)	Per. hezigabea/ez jakina edo gaitasun gabea	Gaixoa/Bezer oa
E Prototipoa / Eredua / Jarraibidea. Araua	Debekua/ Tipifikazioa	Obligazioa/B etebeharra	Harmonia	Prestatua/He ziketaduna	Normaltasuna
F Erreakzioa/ Urtenbidea / Helburua	Zehapena / Zigorra (Sorkuntza)	Ordainketa / Konpentsazio a (Dirutan / espeziatan)	Gatazkaren urtenbidea	Norma. egiazt. / Ahalmen aintzatespena	Laguntza / Tratamendua

Egia da; kode penalak delitu gisa tipifikatzen dituen zenbait jokabidek ez dute kalifikazio hori merezi. “Zorra” edo “gatazka”, edo “jakineza” edo “gabezia (gai-xotasuna)” atalean sailkatu beharko lirateke. Hala ere, zenbait ekintza I. zutabearen bakarrik sar daitezke “errudun delitua” (erruduntasunarekin, baina ez erruduntasun etiko eta pertsonala) laukian hain zuzen; esate baterako, jokabide genozidak edota terroristak.

Jokabide honek eta antzekoek, kriminaltasun antolatua delakoak, esaterako, delitu nozioa sakon-sakonetik eguneratzea eskatzen dute. Gure iritzian, elkarbizitza sozialak, justiziak eta zuzenbideak, dogmatika penalaren barruan –behar den beza-la eguneratua– delitu izendatu behar diren jokabide biktimizanteak daudela onartzea eskatzen dute ezinbestean.

Horretarako bidezko izan liteke delituaren kontzeptu tradizionala kritikatzeko, delinkuente eta Estatuko agintaritzaren arteko binomio gisa hartzen den neurrian. Era berean, beharrezkoa izango litzateke delitu kontzeptu berri batekin erkatzea ere, biktima, delinkuentearekin eta agintaritza sozial edo komunitarioarekin batera, triangelu birtualean sartuz.

Beste era batera esateko, zientzia kriminologiko eta biktimologikoen ildotik, gure iritzian erro-errotik zuzendu behar da kode penal askotan eta jurisprudentzian azaltzen den delitu kontzeptua.

Gaur egun, kode penal gehienek harreman duala jotzen dute delituan. Eta berdin esan behar da prozedurazko legeei dagokienean ere. Lege-arau hauek guztiek erabat baztertzen dute biktima, edo kontuan hartzen badute ere, azken mailan jartzen dute. Hori dela eta, abenduaren 11ko 35/1995 Legearen Arrazoen Azalpenean hauxe dio besteak beste: *“Delituaren biktima nolabait baztertu egin da, sistema penalak, lege penala urratzen zuten gatazkei urtenbidea emateko, mendeku pribatua eskuhartze publiko eta instituzionalaz –inpartziala eta grina gabea– ordeztu zuenetik”*.

Gai honetan interesgarria izan daiteke gogoratzea Espainiako Kriminologia Institutu guztietako 20 kriminologo inguruk 1996ko irailaren 20an, Sevillan izan zuten batzarra. Jardunaldiaren amaieran, ondorioen idazketa eginda zegoela, biktimen aipamena falta zela esan zen, funtsezkoa eta ezinbestekoa. Zorionez, arazoari buruzko elkarrizketa bat izan ondoren, biktimari laguntza ematearen garrantzia azaldu zen, eta azken ondorioan azpimarratu zen.

Antzeko zerbait gertatu zen Europar Kontseiluan, lau egunetarik azkenengoan (1996ko azaroren 19tik 22ra), “Politika Kriminala eta Zuzenbide Penala, etengabeko bilakaeran ari den Europan” izeneko jardunaldietan. Azken jardunaldian aurkeztu ziguten ondorioen zirriborroan ez zen aipamenik ere egin kriminaltasunaren biktimei buruz. Arazoari buruzko eztabaida labur bat aski izan zen hutsune hori konpontzeko.

2.5. Biktimen Protagonismoa

Biktimak baztertu izana 1973. urtetik honantza nabarmendu eta kritikatu da batez ere. Eta askoz gehiago 1979tik honantza. Urte horretan sortu zen

Biktimologiako Mundu Elkarte, Westfaliako Münsterren, Biktimologiari buruzko Nazioarteko Hirugarren Sinposiumean.

Mundu Elkarre honek arreta handia merezi duten aurrerapenak eskaini dizki-gu, izan ere, Zuzenbide Penalaren arloan garrantzitsua dena ari da berreskuratzen: biktima, mende askotan zehar (ez, baina, hasierako “garaietan”) baztertua izan dena.

Berreskuratze honetatik oso ondorio garrantzitsuak atera dira: ezin da hitz egin delituez biktimak aipatu gabe “victimless crimes”; delinkuente eta estatuko agintari-ek, biktima aipatu behar dute hasieran eta amaieran, alfa eta omega bezala. Eduki-arauek zein prozesalek, poliziak zein gartzeletako funtzionarioek biktima hartu behar dute gunetzat.

Tamalez, delitua eta falta definitzen duten lege-testuek, ez dute biktimaren aipamena egiten. Ez eta ondoren aipatuko ditugunek ere: Konstituzioak 25.1, 1.1 eta 81.1. artikuluetan; 1966ko Eskubide Zibil eta Politikoei buruzko Nazioarteko Hitzarmenak 15. artikuluan; 1948ko Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalak 11.2. artikuluan; 1950eko Giza Eskubideen eta Oinarrizko Askatasunen Babeserako Europar Hitzarmenak 7. artikuluan; Gartzeletako Lege Organiko Orokorrak 2. artikuluan; Kode Zibilak 4.2. artikuluan; Kode penal militarrek 1, 2, eta 20. artikuluetan; Kode penal berriak 10. artikuluan eta Atariko Tituluan. Gehienetan, Espainiako Kode penalaren esku-argitalpenek, aurkibide analitiko zabala eta zehatza dute azken orrialdeetan (ez Mexikoko kode penalaren esku-argitalpenak, hain zuzen ere materia komunean Barruti Federalerako, eta materia federalean, Errepublikan osorako Kode penalarenak; ez eta Barruti Federalerako Prozedura Penalaren kodeak ere, Barruti Federalaren Justizia Prokuraduria Nagusiak argitaratutakoak), baina ez da azaltzen “biktima” hitza, eta agertzen bada ondoren aipatuko ditugun artikuluetan zehaztutako delituen subjektu pasiboak aipatzeko da: 195.3. artikulua, sorospen betebeharra ez egitea; 235.4. artikulua, ebasketei dagokien zigor gradua; 242.2. artikulua, lapurretei dagokien zigor-gradua; eta 250.1.6. artikulua, iruzurrei dagozkien zigorrak. Artikulu hauetan delituaren subjektu pasiboa hartzen da biktimatzat zentzu tradizionalan, baina ez biktimologiaren ikuspuntutik; horrela, agerian uzten dute bitarteko biktimaren kontzeptua ez dute-la ezagutzen, –hain zuzen ere Nazio Batuen 1985eko deklarazioan xehetasunez aipatzen dena–, ezta biktimen beste alderdi prozesalak, polizialak, eta presondegi-arlokoak ere.

G. Kaiser-ek dioenez (1991, 4. or.; 1996, 311. or. eta ond.), “*The crime committed, no longer appears to be an unilateral act controlled by the offender, but rather as a dynamic process of reciprocity between offender and victim. In addition, this new way of thinking promises the opening up of new offender-oriented perspectives*”. Beraz, delitua binomio estatiko edo esentzialistatztat jo beharrean, triangulu birtual eta existentzialistatztat hartuko dugu. Biktimak izan behar du ardatza, bere birtualtasun guztiarekin.

2.6. Biktimizazioaren Birtualtasuna

“Legazpian nengoan, ikaragarritzko nabe baten bazterrean eserita; pentsatzen ari nintzen pipa erretzen nuela, eta langile batzuek makina handi bat lotu zuten kableekin, altxatzeko. Espazioak nabean zegoena zapaldu zuela sentitu nuen. Kableek makina altxatu zutenean, espazioa haren azpian sartu eta altxatzen laguntzen zuela ikusi nuen”
(Eduardo Txillida)

Delitua triangelu birtual gisa hartuz gero, “birtual” adjektiboa komentatu beharko genuke. Kontzeptu honen bidez biktimei egiten diegu erreferentzia; izan ere, biktimek leheneratzeko, hau da, kaltearen konponketa eta kalte material edo moralen ondainketa hutsa gainditzeko eta birsortu eta onera etortzeko gai den indar dinamikoa dutela kontuan hartu behar da (cfr. espainiar Kode penal berriaren 110. artikulua).

Birtual esatean, zerbait sortzeko bertutea-indarra izan, bai, baina oraindik agerikoa ez denaz ari gara. Zerbait alegiazkoa dago, baina ez erreala. Birtuala etorkizunaren aurreikuspena da. Ez da existitzen, baina terminologia eskolastikoa erabiliz, etorkizunean gertagarria da. Gertatzeko eragingarritasuna eta eraginkortasuna gainezka daude; dinamizazio prometeikoaren aukerak asko eta asko dira.

Harrigarria badirudi ere, behin eta berriro azpimarratu behar dugu delituen biktima guztien indar sortzailea edota birsortzailea, salbuespenik egin gabe.

Norbaitek, ordea, kontrakoa pentsa lezake, eta baliteke biktimek ez dutela indarrik ez eta aski birtualtasunik baieztatzea, edo zenbait delitutan ez dela biktimarik esatea, edo kalteak beraiekin adiskidetu nahia agertzean biktimak hil direla. Eman ditzagun, barbarako, hilketa kasuak: hildako pertsonak ez bazuen familiarik edo handik denbora gutxira hil badira, dioetenez, ez dago delinkuentearen birpertsionalizazioan lagun dezakeen biktimarik.

Hala ere, muturreko kasu horietan ere, izan daitezke biktima sinbolikoak edo ordezkagarriak, zeregin birpertsionalizatzaile hori bete dezaketanak. Biktima ordezkagarri horren adibide bat datorkit gogora: Ralf Sonntag-ek maistra bat hil zuen Alemanian. Biziarako kartzela-zigorra ezarri zioten. Kartzelan urte batzuk egin zituela, maistraren senideak ezagutu nahi zituen, baina ezin izan zuen, senitarako eta lagun guztiak hilda baitzeuden. Hala ere, 1989ko uztailaren 5ean Seminario bat egin zen Münster-go Unibertsitatean, eta bertara joateko aukera izan nuen, Kriminologiako hainbat irakasle eta ikaslerekin batera. Seminario horretan Ralf Sonntag-ek guztiz elkarriketa positiboa izan zuen Gabriele Kleb-Braun-ekin, asasinatutako beste maistra baten alabarekin, hain zuzen. Elkarriketa pertsonal haren aurretik ere, Ralf Sonntag harremanetan izana zen eskutitz bidez Gabriele Kleb-Braunekin.

Bi pertsona horiek harreman epistolarra dute aspalditik. Eskutitz horietako batzuk *Kuckucksei* aldizkarian kaleratu dira. Aldizkari hori Schwerte-ko (Alemania) kartzelako presoek argitaratzen dute, eta kartzela horretan dago hain zuzen Ralf Sonntag. Eskutitz horiek irakurtzean, biktima eta delituaren egilearen artean harreman-zubiak ezartzeko aukera agertzen du. Zenbait idazati aipatuko ditut. 1988ko uztailaren 4an Münster-etik idatzi zion delitu-egileak: *“Nire iritzian, delitu-egileak eta biktimak nolabaiteko lotura dute beraien artean nahi eta nahi ez, izan ere deli-*

tu egintzak bizitza aldatzen du...”; “Gizarte kontrolerako sistema batek, biak aldendu eta aurkakotasunera daramatzanak, ezin du adiskidetzeta bidea zabaldu”.

Ralf Sonntag-ek, hil horren 21ean, eskutitz luze batekin erantzun zion. Lerro bi edo hiru ekarri ditut hona: “Nire erruduntasuna aitortzen dut.

*Ez, ni biktimizazioaren beldur naiz, kalte egin duenaren eta kaltea jasan duenaren beldur. Gure arteko distantzia gora-behera, gauza batek batzen gaitu: arrazoi berdinak mintzen gaitu... zurekin dudak elkarriketak garrantzi handia du niretzat...” (A. BERISTAIN, 1990). (Idazati honen hasieran ikusi dugun kontraesana Raskólnikov-ek Soniarekin izandako elkarriketa dakarkigu gogora *Crimen y castigo*).*

Seminario hau amaituta gero ere Sonntag eta Gabriele Kleb-Braun-ek harremanean jarraitu zuten eskutitz bidez.

Beste ikuspuntu batetik Jose Ignacio Ullibarriren idatzi bat aipatu behar dugu hemen. “Aportaciones para una Deontología profesional del Criminólogo” izeneko artikuluan hauxe esan zuen lehenengo jokabide-arauari buruz: “*Lehenengo eta behin, ikuspuntu antropologikora jo behar da: giza izaera amaitu gabekoa da, bilakatua eta inguru eta kultura aldakorretan gizarteratua. Ulerkera erlatibista eta ebolutibo honek ematen digun giza aberastasuna batertuz gero, giza iza-tearen benetako funtsaren ulerkera baztertuko genuke... Hain zuzen ere, horixe da, “bipertsonalizazio” hitzaren bidez izendatu ohi duguna”.* (J. I. ULLIBARRI, 1994, 161 eta 163. or.).

Hartmut Schellhoss-ek “Kriminalitatearen funtzioak” (1993) direla-eta esandakoetan, kriminaltasunaren alderdi paradoxiko positiboak aipatu zituen. Guztiok onartzen eta tamalgarriztat jotzen ditugu, Schellhoss-ek hasiera-hasieratik bezala, delinkuentziaren ondorio disfuncionalak; hala ere, baditu zenbait alderdi positibo eta birtual ere. Saihestu egin behar dugu kriminalitate gabeko gizartearen utopia. Biktimizazioak oso ondorio ezkorrek ditu, baina, Karl Marx-ek gogoratu digunez, biktimizazio horren ondorio dira, baita ere, zientzia juridikopenala, irakasleak, unibertsitatea, etab. Horrez gain, ekarpen ekonomikoak ditu, aldaketa sozialak eta kulturak, bai eta biktimekiko elkartasuna ere, erreakzio gisa. Ikerketa estatistiko koantitatibo eta koantitatibo bidetik, eztabaidagai da, deliturik egiten ez duen herritarren kopurua gehiengoa den ala ehuneko berrogeita hamar ingurukoa den. Inork ez du esaten arau-haustea saihestea denik onena. Ez da komenigarria ordaina eskatzen zuen Zuzenbide penal tradizionala aplikatzea ere; Zuzenbide penal berria behar dugu, desberdina, birsortua.

Ez da gehiegizkoa baieztatzea Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalen lehenengo artikulua adiskidetzeta eskatzen duela (arerio diren pertsonak adiskide bihurtzea) honako hau esatean: “*gizakiek... anaitasunez jokatu izan behar dute elkarrekin*”.

Umeen Eskubideei buruzko konbentzioak ere adiskidetzeta eskatzen du honako hau esatean: “*umeak familia baten barruan hazi behar du, zorientasun, maitasun eta ulerkortasun giroan, pertsonalitatearen garapen osoa eta harmoniatsua izan dezan*”. “*Nazio Batuen Gutunean aldarrikatutako idealen izpirituan hezi behar da haurra, bake, duintasun, tolerantzia, askatasun, berdintasun*

eta elkartasun izpirituan". Hau da, testu bietan esaten da elkarbizitzak (Zuzenbideak eta Justiziak bermatu edota berreskuratu behar duten elakrbizitza) anaitasun eta maitasun giroan garatu behar duela; ez da aski, beraz, elkarbizitza hutsa.

Budapesten, 1993an (abuztuaren 22tik 27ra) egin zen Nazioarteko XI. Kriminologia-Biltzarrean esan nuenez, Zuzenbide Penal tradizionalaren ezaugarri nagusiek, mendekuzko zigorra eta agintaritza eta delinkuentearen arteko aurkakotasuna bultzatzen dute. Premiazkoa da paradigma hori gainditu eta beste bat ezartzea: birsortzailea eta integratzailea, hain zuzen ere elkarrizketa, adiskidetzeta eta berradiskidetzeta bultzatzen duena.

Paradigma biek –mendekuzkoa (M) eta birsortzailea (B)– eskema honetan labur genitzake:

MENDEKUZKO PARADIGMA		PARADIGMA BIRSORTZAILEA
Delitua Estatuaren arau penala urratzea da.	1	Delitua, pertsona jakin batzuei edota gizarteari kalte egiten dion jokabidea da (delinkuentearena eta berau inguratzen dutenena).
Mendekuzko justizia, gaitzespenean, erruduntasunean datza; iraganari begira dago, delinkuenteak egin zuenari, hain zuzen.	2	Justizia birsortzailearen, zigorraren erreakzioan barik (malum passionis propter malum actionis); ulermena eta ordena berri baten sorkuntzan datza: kategile eta biktimaren arteko harreman berria sortzea.
Arerio eta aurkakotasun harremana dagoela aitortu da; harreman horretan, arauko eta legezko prozesuan arerioa garaitu eta menperatua da.	3	Biktimak protagonista dira delituak asaldatu duen errealitatearen gizarte-berre-raikuntza (birsortzea) planifikatu eta proiektatzeko (zigorra erabakitzea, <i>sentencing</i>) elkarrizketa-topaketaren <i>iter</i> prozesalean.
Zigorra ondorio (natural) mingarria da, eta berarekin dakar (castigando se defendere), edo hala nahi du, prebentzio orokor eta berezia.	4	Zigorra ez da ondorio ontologiko naturala. Gizarte eraikuntza da, sortzea da; baina ez ezereza sortzea; kaltetu den horretatik abiatuz egindako sorkuntza baino, hau da, zauritik hasita balio positiboa duen orbaia sortzen da, etorkizunari begira.
Justizia administrazioa "beharrezko" prozesu gisa definitu da, legezko arauen arabera.	5	Justizia Administrazioa betetako betebeharren emaitza gisa erne eta sortzen da.
Delitua, indibiduoak Estatuaren aurka duen gatazka (erasoa) gisa ulertu da. Alde batera utzi dira, gutxietsiz, alderdi interpersonala eta gatazka sua.	6	Delitua bidegabeko egoeraren icebergaren burua da, delinkuenteak, egintza "askearen" bidez, burutzen duen ibilbidea (egintzara iragaitea, espezialista frantsesen arabera).

MENDEKUZKO PARADIGMA		PARADIGMA BIRSORTZAILEA
Delituaren subjektu pasiboak jasan duen kaltea, delinkuenteari kalte eginez berdintzen da (eskatzten du).	7	Gai nagusia sorkuntza da, iraganean egin-dako kaltetik abiatuz etorkizuneko ordena soziala birsortzea da (ez ezerezetik hasita; ez delinkuentearen "aurkako" jokabideaz).
Komunitatea (eta biktimak) baztertu egin da, eta Estatuan kokatu da abstraktoki.	8	Komunitatea (delinkuentea barne), iraganeko delitutik abiatuz (beronek bultzatua eta bideratua), birsortze prozesuaren katalizatzaile gisa.
Lehiakortasuna eta balio individualak bultzatu eta sustatzen dira.	9	Delinkuentea, "aurkaria", osagarritzat hartzen da.
Zigorra, Estatuak delinkuentearen aurka duen erantzuna da. Biktima ignoratu eta delinkuentea jarrera pasiboan azaltzen da.	10	Biktimaren beharrianak eta eskubideak aitortzen dira, baina baita bere betebeharrak eta izan ditzakeen erantzukizun eta errukidetasunak ere. Delinkuentea dagozkion erantzukizunez jabetu eta arduratu dadin ahalegintzeaz gain, bere eskubideak aitortzen zaizkio, batzuk, beharbada, biktimarekin lotuta, hau da, delinkuentea <i>versus</i> biktima.
Delinkuentearen betebeharra zigorra betetzea (jasatea) da.	11	Delinkuentearen betebeharra da, baina baita biktimarena eta gizartearena ere (guztiona eta bakoitzarena), beraren ekinzaren ondorio egindako kaltea onartzea, eta, hiru egilekideen artean (batzuk besteak baino baino gehiago, baina guztiak egilekide eta birsortzailekide), etorkizuneko elkarbizitza berreraikitzeke konpromezua hartzea.
Delinkuenteak ez du erantzukizunik (ez du eskuhartzen) arazoaren (delitua) konponbidean.	12	Delinkuenteak erantzukizuna du konponbidean, baina baita biktimak eta gizarteak ere. Iraganeko arazoa (delitua) konpontzea baino gehiago, etorkizuneko elkarbizitza sortu edo birsortzea da gunea.
Delinkuentea salatzen da.	13	Egintza berresten da (ez da ezer epaitzen), baita ondorioak eta egilea (hirukoitza: delinkuentea, biktima eta gizartea) ere. Ez denez epaitzen ez da salaketarik egiten, izan ere hitz honek aurreiritzi ezkorra dakar.
Delitua formulazio legalaren arabera definitzen da, eta ez dira kontuan hartzen alderdi morala, soziala, ekonomikoa eta politikoa.	14	Delitua azaldu eta ulertzen da birsortze prozesuaren gorantzako erritmoaren barruan; prozesu honek aurreko sistema morala, soziala, ekonomikoa eta politikoa gainditzea (eta hautsi?) dakar.

PARADIGMA VINDICATIVO		PARADIGMA RECREATIVO
Delinkuentea zorretan dago Estatuarekin eta gizartearekin abstraktuan.	15	Gizon eta emakume guztiok gara delitu bakoitzaren erantzukide (gutxi gorabehera); eta horrexegatik hain zuzen, etorkizunaren sortzailekide ere bagara.
Zigorak delinkuenteak egindako egin-tza hartzen du kontuan.	16	Erantzunak, egoera horretatik hasi eta etorkizuneko elkarbizitza birsortzea du helburu (delitutik eta egoeraren arabera-ko gorabeheretatik hasita).
Delituaren estigma ezabaezina da.	17	Delituaren estigma aldi baterakoa da, gizatiarra den oro bezala. Denboraren joanak ezabatzen du. Etorkizunaren birsorkuntzak hartzen du haren lekua.
Ez dira sustatzen damua eta barkamena.	18	Zigorren gainetik, damua eta barkamena bilatzen dira, bai eta juridikoaren mugak gainditzen dituen adiskidetzeta ere.
Justizia penala gobernuaren esku profesionaletan bakar-bakarrik dago.	19	Justizia (baita penala ere) herritik dator, eta kriminologian, eta disziplina arteko eta disziplina anitzeko zientzietan aditu direnen lankidetzeta ere behar du.

Labur-labur esateko, sistema bisortzaile berri honek aldarrikatzen duenez, biktimei birsortze arreta osoa eskaini behar zaie dogmatika penalaren barruan –hala eskatzen duelako justiziak, ez karitatez–; sistema berritzaile honek biktima eta kaltegilearen arteko adiskidetzeta aldarrikatzen du. “Justizia betebeharrorrotzaz” hitz egin nuen, hain zuzen, Munich-en duela urte pare bat, lagunarteko bazkalondo batean, goi-mailako hiru penalista-kriminologorekin, irakasbide izan eta izango ditudanekin: Esther Giménez-Salinas, Claus Roxin eta Horst Schüler-Springorum. Nire iritzian Zuzenbide penalaren xedea kaltea konpontzea eta kalte materilak ordaintzea ez eze, biktimak eta delinkuenteak adiskidetzeta eta berradiskidetzeta ere izan behar du, nahiz eta zaila eta batzuetan ezinezkoa izan. Aipatutako hiru penalista-kriminologok, ordea, baztertu egin zuten (batez ere alemaniarrek) nire iritzia. Nire “aurkarien” arabera, Zuzenbide penalak sakralizazioa alde batera utzi behar du, arlo erlijiosotik harago izan behar du. Terminologia alemaniarra erabiliz, *Ausgleich*-a lortzera mugatu behar du, hau da, konpentsazioa edo ordainketa, baina *Versöhnung*-a edo sinonimoa den *Aussöhnung*-a, hau da, adiskidetzeta, alde batera utzita. Izan ere, azken horren edukia arlo erlijiosoan dagokio, eta sarri entzuten da hitz hori eleizako erritualetan, baina ez kode juridikoetan. Duela gutxi, G. Kaiser-ek bere *Kriminologie*-ren 9. argitalpena oparitu dit. Eta ezusteko atsegingarria izan dut, delituaren erantzun gisa, zenbait kasutan, adiskidetzeta eskatzen duela irakurtzean, hau da *Versöhnung*-a (638. or.). Era berean adiskidetzeta (*Aussöhnung*) hitz egiten du *Lehrbuch* izenburuko lanaren hirugarren edizioan (1996, 1.038. or.). Kasualitatea izango da beharbada, baina Friburgeko katedra-

dunaren liburua jaso nuen astean berean, C. Roxin-ek bere *Strafverfahrensrecht* lanaren 21. edizioa oparitu zidan, eta 13. kapituluan, 395. orrialdean, adiskidetzeara, hau da, *Versöhnung*-a azaltzen da Prozesu penalaren jomuga gisa.

3. BIKTIMOLOGIA, ESPAINIAKO KODE PENAL BERRIAN

“Ondasun juridikoak babesteko betebeharrak norbanakoaren esku uztea, askatasun printzipio konstituzionalaren aurkakoa litzateke. Estatu solidarioak ez du eragozten norbanakoak bere burua defendatzea, baina ondasun juridikoen defentsa instituzionala izan ezean bakarrik edo horrek huts egin badu”.
(A Giménez Pericás, “La Victimodogmática”, *La Victimología*, C.G.P.J., Madrid, 1993, 395. or.)

Espainiar Kode penal berria 1995eko azaroaren 8an onartu zuen Diputatuen Kongresuko Osoko Bilkurak, eta Kode horren testua hil horren 24an azaldu zen Estatuko Aldizkari Ofizialean. Azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa da, eta 1996ko maiatzaren 25ean ezarri zen indarrean. Kontuan ditu, logikoa denez, biktimologiak bildutako zenbait berrikuntza, izan ere aurrera pausu horiek, azken hogeitortan gero eta onetsiagoak izan dira, nahiz eta muga eta kritika handiak izan. Hala ere, berrikuntza kopurua, bai kantitatean zein kalitatean, zenbait eremu zientifikotan espero zena baino askoz txikiagoa izan da.

Beste batzuek, berriz, jarrera tradizionalari eutsi diete, eta baztertu egin dituzte joera biktimologiko berritzaileak. Berbarako, Winfried Hassemer-ek, *Fundamentos del Derecho penal* izenburuko lanean, 91-97 orrialdeetan, alde batetik, biktimen aldeko arrazoi sendoak berretsi eta azpimarratu ditu, izan ere, bere iritzian penalistak arazo hauei guztiei heldu behar die: subjektuen gaitasuna eta joera delituaren biktima izateko; delinkuentearen eta biktimaren arteko harremana; kalteak eta haiek zuzentzea; profilaxis kriminala biktimaren aldetik; gizartearen eragina biktimizazio prozesuan eta biktima kasu zehatzak: adin txikikoen abusuak, bortxaketa, lapurreta, polikak eragindako indarkeria delituak, genozidioa, etab. Hala ere, Winfried Hassemer-en iritzian, gaur egungo Zuzenbide penalean biktima bigarren mailan dago arrazoi askorengatik, batez ere, Zuzenbide penal modernoak oso aurrerakuntza nabarmena egin duelako, ordaina eskatzen zuen Zuzenbide penala osatu zenetik prebentziozko Zuzenbide penalerantz.

Hassemer-en iritzian kaltearen ordainean oinarritutako Zuzenbide penalean biktima da gunea, izan ere berarengan egin da ordaindu beharreko bidegabeko egin-tza. Beraz, oinarritzko ardatzak iraganari begira daude, kaltearen zenbatekoari, minaren gordintasunari eta egindako kalteari. Hori dela eta, “*delituaren kaltea zigorren kaltearen bidez konpentsatzea proposatu da*”. Zuzenbide penal modernoan, ordea, prebentziorantza doa “*biktima alde batera utzi behar du derrigorrean*”. Amaitzeko, Hassemer-ek dioenez, guk defendatzen dugun biktimaren lekua “*desagertze arazo Zuzenbide penal modernoan*”, eta politika kriminal modernoan “*delinkuentea eta biktimaren arteko lotura desagertarazteko joera azaldu da*”. (W. HASSEMER, 1984, 96. or. eta ond.).

Frankfurteko goi-mailako penalistaren iritziarekin ez dator bat, baina beraren argitalpen bikainak miresten ditut eta irakurtzen saiatzen naiz. Duela hainbat hamarkada, edo mendeak izango dira beharbada, gainditu da, zigorra, delituaren kaltea konpentsatzeko bidetzat ulertzea. Bestetik, gaur egungo Zuzenbide penalaren ordainsari-doktrina, biktimei dagozkien eskubideak ematen saiatzen da, baina horrek ez du esan nahi mendekura eta Zuzenbidearen historiaren gainbeherara itzuli behar denik, ez biktimak delinkuente bilakatu behar duenik “*indarkeriari indarkeriarekin, eta delituari delituarekin erantzunez*” (Hassemer, 94. or.), ez gehiegizko zigorrak ezarriz, ezta zigorrekin ere. Biktima askok eskatzen dute indarkeriaz kendu izan zaiena itzultzeko, edo zigor sinbolikoak ezartzea. Zenbait biktimak adiskidetzeta eta benetako prebentzioa bideratzen dituzte. Euskal Herrian biktima bakegileen benetako adibide publiko eta pribatuak ditugu.

Espezialista askoren ustez, eta aski oinarri dute hori baieztatzeko, azken mendeotako dogmatikak eta legeria penalak biktimari “zegokion” errealitate soziala kendu diote –beraren delitua–, bai eta nolabait “zegokion” pertsona bat ere: beraren delinkuentea. Aitzindari izan ziren ausardiaz XX. mende honen erdialdetik honantz, hori adierazten, penalista bikain asko, eta 1973tik *vox populi* da. Nils Christie-k salatu zuen, herri hizkuntza eta hizkuntza zientifikoa adi berean erabiliz.

Bide honetatik, Pierre-Henri Bolle-k esan zuen, (1989) estatu sozial modernoak arreta handia eskaintzen diela ia biktima guztiei, baina larrienak ahanzten dituela. Honako hauei eskaintzen die arreta:

- Laneko biktimak, edota langabeziarenak, segurtasun laboralaren bidez.
- Hondamendi naturalen biktimak, ezbehar komunitario hauetarako arau espezifikoaren bidez.
- Gorputz osotasunean biktima direnak, gizarte segurantzaren bidez, batez ere gaixotasun eta zahartzaro kasuetan.
- Miseriaren biktimak, estatuko, autonomiako edo tokiko gizarte-laguntzarako zerbitzuen bidez.
- Euren buruen biktimak, hau da delinkuenteak. Hauek, presondegiatako legeriak babesten ditu herrialde guztietan, Espainian bezala (1979ko Presondegiatako Lege Organiko Orokorren 36. artikulua eta ondorengoak, 49. 4.a eta 73 eta ondorengoak).

Hitz bitan esateko, ez teoria, ez legeria, ez jurisprudentzia ere, ez dira behar den beste arduratzen delituen biktimei arreta eskaini, ulertu eta laguntzeko, nahiz eta behar-beharrezkoa izan justiziarik oinarritzeko.

Beharbada, herriaren defendatzaileak ere ez du nabarmendu behar besteko ardurar arlo honetan. Horrela, 1995eko *Urteko Txostenean* 1996ko ekainean Gorteetan aurkeztua, orrialde erdi bi eskaini ziren indarkeria eta terrorismo delituen biktimei (160 eta 304. or.); eta askorentzat harrigarri bada ere, haren iritzian, Gobernuak *bete du funtsean behin eta berriro egindako gomendioa*”.

Erljioen zientzien arloan ere, eta bereziki erlijio katolikoaren arloan, Zuzenbide penalaren oinarritzko gaiak aipatzean, ez zaie eskaintzen ez gutxienezko espazioa ere biktimoi. Esaterako, Johannes Gründel teologoa eta arlo juridiko penalean adituak, *Zigorra eta barkamena* izeneko monografian, *Kristau fedea eta Gizarte Modernoa*

entziklopediaren XIII. Liburukian, ez du hitz bat bera ere esaten kriminalitatearen biktimei buruz. Monografia hau Alemanian kaleratu zen 1981ean biktimologiari buruzko nazioarteko hiru sinposiumak eginda zeudela, Jerusalem (1973), Bostonen (1976) eta Münster-en (1979) hain zuzen, eta ordurako, beraz, kaleratuta zeuden ehundaka argitalpen biktimen eskubideei buruz, beraien delitua eta delinkuentea itzultzeko.

Miriam Herrera Morenok, Kode penal berrian biktimologiak duen lekuari buruzko azterlan zabal bat kaleratu du, Epainian argitara atera den zabalena. *La hora de la víctima. Compendio de Victimología* du izena liburuak eta hamargarren eta azken kapituluan mintzatu da biktimak 1995eko Kode penalean hartzen duen lekuaz eta garrantziaz (325-408 or.). Aurreko Kode penala erreferentziatzen hartzen badugu, aipagarriak dira batez ere, Francisco Bueno Arús-en lan biak, bibliografian aipatuak.

Orrialdeon helburua gogoan, ondoren honako hauek izango ditugu mintzagai:

- 3.1. I. Liburuko berrikuntzarik aipagarrienak, eta II. eta III. Liburuetoakoak (II. Liburuan biktimologiari buruzko zenbait arlo aipatu dira, baina ez da aipatu ez Atariko Titulua ez I. Liburua ere).
- 3.2. Gainditu beharreko premiazko hutsuneak.
- 3.3. Beharizan-egoera larrian dauden biktimei lagutza ematea (desegoki deituriko eutanasia).

3.1. I. Liburuko Berrikuntzarik Aipagarrienak

“Espainian biktimari dagokion arloa lantzeko dago oraindik, eta horrek oztopoak jartzen dizkio justiziarri, izan ere, hura gabe ez du izateko arrazoirik”.
(J. Urra, *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 46/1992*, 214. or.).

Garrantzi berezia dute I. Liburuan, *“Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”* atalean bilduak. Salbuespen batzuk izan ezik, I. Liburu Honen iruzkin doktrinal teoriko eta jurisprudenzialak, hau da, Zuzenbide penaleko tratatu eta liburuak, oso gitxi diote biktimologiari buruz. Espainiatik harago harrera hobea eskaini izan zaie ikuspuntu biktimologikoei unibertsitate mailako liburuetan. 1996an, Jescheck eta Weigand-en *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* lanaren 5. edizioan hainbat orrialdetan mintzatu da aipatu gaiak: 16 eta ondorengoetan, 99.ean, 748 eta ondorengoetan, 759 eta ondorengoetan, 769 eta ondorengoetan, 788 eta ondorengoetan, 864 eta ondorengoetan, 887 eta ondorengoetan, 907 eta ondorengoetan.

Ondoren labur labur hitz egingo dugu: A) Ezintasun partikular (erantzukizun penalaren arlokoa) eta ezintasun orokorraren inguruan (giza ekintzen arlokoa) Kode penal berriak bildutako berrikuntza bi; B) Arintzea eta astuntzea eragiten duten hiru suposamendu; C) askatasun-gabetze zigorrak kentzeko edo eteteko baldintza berria; D) Biktima lasterrazaleei buruzko arau bi.

A) 19. artikuluko berriak dioenez, *“hamazortzi urte baino gazteagoek ez dute erantzukizun kriminalik izango Kode honen arabera”*. Baliteke erantzukizuna izatea etorkizunean beste legeren batek xedatutakoaren arabera; lege hori gobernuak onartu beharko du eta gero mintzatuko gara berataz.

Kode penala aplikatzeko adin-mugak (aurreko legeriak hamasei urtean ezarri zuena) hainbat arrazoi sendo ditu oinarri. Horietako bat biktimologiaren arlokoa da. Horren arabera, hamazortzi urte egiteko dituzten arau-hausleengan nolabaiteko heldutasun eza eta garapen pertsonal urritasuna nabari da, eta horrek eragozten du Kode penalarik dagokion erantzukizun eremuan sartzea. Ez dute aski maila koantitatiboa eta koantitatiboa zigor-ordainsariaren arloan sartzeko. Helduei dagozkien zigorak aplikatzea gogorregi jotzeko litzateke; faktore kriminogenoei aurre egiteko “ahultasuna” eta “ezintasuna” alde batera uztea litzateke. Beste muturretik begiratuta, helduek baino bergizarteratze gaitasun handiagoa dutela ahanzteko litzateke. Hitz bitan esanda, aktiba eta pasibaz biktimizatzea litzateke.

Beste “ezintasun” mota bat aipatu behar dugu, askoz zabalagoa eta orokorragoa, 25. artikuluko berri garrantzitsuan aipatua. Artikulu horrek dioenez, *“Kode honen arabera ezgai tzat jo da, bere burua edo ondasunak zaintzea eragozten dion gaixotasun iraunkorra duen pertsona, ezintasun hori deklaratu izan zein ez”*. Aurretiazko deklarazioa ez da beharrezkoa eta horrexegatik, hain zuzen, ezintasun horrek autonomia hartu du arlo penalean. Kode zibilean aipatzen den ezintasun zibiletik bereiztu behar da (199. art. eta hur.), izan ere, hemen epai judizialaren bidez deklaratu izatea eskatzen da.

Aurreko Kode penalak pertsona ezgaiak aipatzen zituen II. Liburuan, baina ez III. Liburuan, eta era berean, I. Liburuan ere ez zuen kontzeptu hori aipatzen. Kode penal berriaren kontzeptu horren aipamena egitea aurrerakuntza garrantzitsua da zientzia biktimologikoaren barruan. Horrela biktimizazio asko saihesten dira erro-errotik, izan ere epaileak ezin izango du zigortu arlo penalean, arau-haustea, askatasunez barik, bere ekintzak kontrolatzeko eta haietaz jabetzeko ezintasunaren edo, gaixotasunaren menpe egin duena. Horiek gizakiaren ekintzak dira, baina ez giza ekintzak terminologia klasiko jakintsuaren arabera.

Ezgaitasun horrek aplikazio zehatza du II. eta III. Liburuan, hainbat artikulutan. Beraietaz hitz egingo dugu zauri-delituak eta askatasun sexualaren aurkako delituak aipatzean. Kontuan hartzeko da baita ere faltetan (618, 619 eta 639. art.) eta xedapen gehigarrietarik lehenengoan eta bigarrean.

B) 21. artikuluko aringarriek dagokienez, 5. zirkunstantziaren idazketa (*“Prozeduraren edozein unetan eta ahozko epaiketa egin aurretik, errudunak berak biktimari egindako kaltea konpondu edo arintzen ahalegintzea”*) gorestekoa da, aurreko kodean dagokion zirkunstantzia aringarriarekin (bederatzigarrena, bederatzigarren artikuluko) alderatuz, bat-bateko damuan oinarritzen baitzen. Gaur egungo Kodea biktimari egindako kaltearen orainketan datza. Gure ikuspuntutik edukin dogmatikoa askoz hobea da, izan ere biktima hitza sartu eta “hobendatua” ixiltzen du.

Bestetik, Zirkunstantzia astungarri bi gehitu dira, 22. artikuluko 2. eta 4.a; baina ez erantzukizun penala arintzeko edo kentzeko, astungaritzat baino. 22. artikuluan

2. zirkunstantzia astungarriaren idazketan hauxe dino: “*Egintza gauzatzea... irainduaren defentsa ahultzen duten zirkunstantziak aprobetxatuz, hala nola, toki, denbora, eta pertsonen laguntza...*”; beraz, biktimaren babesa sendotu egin da. Izan ere aurreko Kodean artikulua horren parekoan, hau da, hamargarrenean, 8. zirkunstantzian hauxe baino ez zioen: “*defentsa ahultzen duen bitartekoaz baliatzea*”. 22. artikulua horren 4. zirkunstantzian esaten denez, astungarritzat jo da “*delitua arrazakeria arrazoiengatik, arrazoi antisemita edo beste era bateko diskriminazioarengatik egitea: ideologia, biktimaren erlijio edo siniskera, dagokion etnia edo nazioa, sexu edo sexu joera eta jasaten duen gaixotasun edo minusbalia*”.

Egoki dirudi biktimaren berezitasun horiek guztiak bildu izana (arrazistak, erlijiosoak, sexualak, patologikoak edo ezintasun arlokoak) kodearen I. Liburuan, doktrina penalaren arlo orokorrean, hain zuzen II. eta III. Liburuko delitu eta faltei aplikatu dakiekeen zirkunstantzia astungarri gisa. Arrazoi antisemitaren aipamena ere ez da funsgabea; Europako eta Espainiako antzinako historia eta historia modernoari, edo Vatikanoko II. Kontziliararte herri judua “zitaltzat” jo izan duen liturgia katolikoren historiari begiratzea baino ez dago (A. EKSTERMAN, 1993).

Nazio Batuen dokumentuen argitan, esan beharrekoa da zirkunstantzia astungarri horrek urte asko lehenenago agertu behar zuela kodean. 1963eko azaroaren 20an Nazio Batuek arraza-diskriminazioaren forma guztiak deusezteko deklarazioa egin zuten. Urte bi geroago, abenduaren 21ean dagokion konbentzioa egin zuen eta sinatu eta berresteko eman zuen. 1967ko azaroaren 7an emakumearen aurkako diskriminazioa deusezteko Deklarazioa egin zen, eta 1979ko konbentzioa egin eta sinatu eta berretsi edo hari atxikitzeko eman zen. 1985eko abenduaren 25ean erlijio eta konbikzioetan oinarritutako intolerantzia eta diskriminazio moduak deusezteko Deklarazioa egin zen. 1991ko abenduaren 17an buruko gaixotasuna dutenak babesteko eta buruko osasunaren zaintza hobetzeko printzipioak aldarrikatu ziren. 1992ko abenduaren 18an gutxiengo nazional edo etniko, erlijioso edo lingsuistikoetakoak babesteko eskubideen Deklarazioa onartu zen.

C) Bereziki aipagarriak dira askatasun-gabetze zigorrak betetzeko modu berriak eta, zehatz mehatz, zigor hauek kendu edo etetea. 81. artikulua hiru garren baldintza aipatu behar dugu hemen. Horren arabera, zigorraren etendura gauzatzeko beharrezkoa da “*sortutako erantzukizun zibilak beteta izatea, salbu eta epaia emango duen epaile edo auzitegiak, interesatu eta ministerio fiskalak esan beharrekoa entzun ondoren, kondenatuak erantzukizun horiei aurre egiteko ezintasun osoa edo partziala duela deklaratu*”.

Eta ez naiz hemen luzatuko esaten zein erraz deklaratu duten auzitegiek, kondenatuak dagokion erantzukizun zibilei aurre egiteko ezintasun osoa duela. Lehenago esan dudanez, nire iritzian, kondenatuak beti egin dezake zerbait bere biktimen alde (naiz eta sinbolikoki bakarrik, eta ez da gutxi). Beraz, kritikagarria da nire iritzian “*interesatuak esan beharrekoak entzun*” adierazpenaren zehazgabetasuna. Biktimologiaren ikuspuntutik, lehentasunezko interesatuak biktimak dira, baina testuak ez dio hori eta esan beharko luke, izan ere zenbait Auzitegiak “kondenatuak” bakarrik jotzen ditu interesatutzat, eta ez biktimak.

D) Oso ekarpen biktimologiko garrantzitsua dugu 114. artikuluan berrian: “*Biktimak, bere jokabidearen bidez, jasandako kaltea egiten lagundu izan balu, Epaileek edo Auzitegiek ordainketaren zenbatekoa arindu dezakete*”). Artikulu hau Kode zibilararen 1.103. artikuluan erein erlazioan komentatu behar dugu; hauxe dio: “*arduragabekeriaren ondorio den erantzukizuna, betebeharrak mota guztiak betetzean exigi daiteke berdin-berdin; baina arindu egin dezakete Auzitegiek kasuan-kasuan*”. Bai eta 1995eko abenduaren 11ko Legearen 3. artikuluan erein erlazioan ere. Artikulu horren arabera, “*laguntza publikoa ukatu edo bere zenbatekoa gutxitu liteke, baldin eta oso-osoan zein partzialki ematea, ekitatearen edo ordena publikoaren aurkako balitz*”. Epai bidez deklaratu beharreko zirkunstantzia bi hauek, honakoak dira: “*onuradunak laguntza eman izana, zuzenean nahiz zeharka, delitua egiten edo kalteak larriagotzen, edota onuraduna indarkeria ekintza deliktiboak egiten dituen talde edo organizazioen batekoa izatea*”. Era berean, kontuan hartzekoak dira onuradunak delituaren egilearekin duen harremana.

Logikoaenez, biktima “lasterrazleak”, bere jokabidearen bidez, kaltea egiten lagundu badu, epaileek edo Auzitegiek kaltea zuzendu edo ordaintzeko zenbatekoa arindu dezakete. Baina formula legalak zerbait gehiago zehaztu edo esan beharko luke, izan ere badirudi kaltea zuzendu edo indemnizatzeko ordaina ekonomikoa bakarrik dela beti. Alde honetatik zehaztapen bat egin beharko luke, hain zuzen ere Karl Engisch-ek *Einführung in das juristische Denken* liburuan (1983an argitaratu zen 8. edizioa) azpimarratzen duen bidetik; legezko defentsaren edo premia egoeraren formula tradizionaletan ikus daitekeenez, Kode penalaren 20. artikuluan.

Era berean, beharrezkoa litzateke ziurtasun eta zehaztasun gehiago izatea indarkeria delituen eta askatasun sexualaren aurkako delituen biktimei laguntza emateko legearen 3.a. artikuluan, *laguntza eman izana, zuzenean nahiz zeharka dienez*.

Gure legegileek, epaileek eta zuzenbide penalaren eta kriminologiako teorikoek oso arreta txikia eskaintzen die biktimei, eta hori horrela izanik kritikatzekoa da kode penalaren 114. artikuluan eta laguntza emateko legearen 3. artikuluan (1995) Auzitegiei hainbeste aukera ematea kaltearen ordainaren zenbatekoa gutxitzeko. Zalantza izanez gero, biktimei eman behar zaie abantaila eta ez delinkuenteari edo Estatuari.

Zuzenbide konparatuaren zenbait arau ikusita, Espainian biktimek Auzitegi Gorenean errekursoak jartzeko aukera ere izan beharko lukete, baldin eta kaltearen ordainketak edota indemnizazioak altuagoa izan behar duela uste denean, kantitatean zein kalitatean.

Beraz, kode penal berriaren I. Liburuak lekua egin dio doktrina biktimologikoari oso artikuluan garrantzitsuetan, baina ez behar bestetan. Denboraren joanean unibertsitatean, fakultatean eta kriminologia eta biktimologia institutuetan ikerketa gehiago eta hobek egingo direlakoan gaude, horrela legegileari gure kodea eguneraraziz aipatutako gai garrantzitsu horietan, bereziki, Konstituzioaren bidez, bere burua zuzenbidezko estatu sozialtzat duen honetan.

3.2. Kode Penalaren II. eta III. Liburuetakoko Berrikuntzak

Kode penal berriaren II. eta III. Liburuetan azaltzen diren berrikuntzei dago-kienez, (A) zauri-delituak aipatuko ditugu; (B) askatasun sexualaren aurkako delituak aipatuko ditugu, bai eta familia, adin txikikoak edo ezgaiak bertan behera uztea; bai eta (3.3.) duintasunez hiltzeko eskubidea ere, hau da, Zuzenbide penalak oso ego-era larrian dauden biktimak babesten dituenean.

A) III. Tituluan, zauri-delituei buruzkoa, aurreko kodean baino gehiago hartzen da kontuan, 25. artikuluko berriaren ezgaitzat jo diren pertsonen zaurgarritasuna eta babes beharrian handi eta berezia. Ondoko lau artikuluko dira aipagarrienak:

– 148.3. Artikulu berri honek astungarri bat sartzen du oinarrizko zauri-delitu tipoarean zigorrean (147. art.: sei hilabete eta hiru urte bitarteko kartzela zigorra): *“biktima hamabi urte baino gazteagoa edo ezgaia balitz, bi eta bost urte bitartekoa izango da kartzela zigorra”*.

– 153. Artikulu honek *“ezkonkidearen aurka edo... berarekin bizi diren edo ahalmen, babes, kuratela edo egitatezko zaintzapean dituen nagusi edo ezgaien aurka indarkeria fisikoa egiten duena”* zigortzen du, sei hilabete eta hiru urte bitarteko kartzela zigorrarekin, *“zauri-emaitzari legezko zigorren kalterik gabe”*. Aurreko kodeko 425. artikuluan pareko tipoa biltzen zen, baina pertsona eremu murriztagoa hartzen zuen eta zigorra ere txikiagoa zen: hilabete eta egun bat eta sei hilabete bitarteko askatasun gabetzea.

– 155 eta 156. artikuluek eta aurreko kodearen 428. artikulukoak, adin txikiko batek edo ezgai batek emandako adostasunari balioa ukatzen diote, III. Tituluan biltzen diren delitu guztietan.

– 156. artikulukoaren bigarren lerroaldean zigorgabeko beste zauri mota bat aipatzen da: urritasun psikiko larria duen pertsona ezgaia antzutea. Artikulu horren arabera, epaileak antzute hori egiteko baimena eman ahal izateko *“ezgaiaren interesa izango du irizpide zuzentzaile nagusitzat”*. Irizpide honek, Nazio Batuen Konbentzioan, 1989ko azaroaren 20an, Haurren Eskubideei buruz esandakoa dakarkiku gogora. Hauxe dio 3. artikuluan: *“Haurrei dagokienez, gizarte ongi-zateko erakunde publiko zein pribatuek auzitegiek, agintaritzak administratiboek eta lege organoek hartzen dituzten neurrietan, haurraren interesa izango da kontuan gauza guztien gaineratik”*. Gauza bera aldarrikatzen zuen duela hogeita hamar urte, 1959ko abenduaren 20an, Nazio Batuek emandako Haurren Eskubideen Deklarazioaren 7. artikulukoak.

B) Era berean VIII. Tituluan –askatasun sexualaren aurkako delituak– eta familia, adin txikikoak edo ezgaiak bertan behera uzteari buruzko artikuluetan, berrikuntza interesgarriak agertzen dira biktimologiaren ikuspuntutik, nahiz eta ez beharko lirakekeen beste.

Horrela, 181, 182, 184 eta 191. artikuluetan sei bider hitz egiten da biktima. Hitz hori ez da azaltzen, ordea, aurreko kode penalean horien pareko artikuluetan (429-452 bis); kode penal horretan *“kaltetutako pertsona”* edo *“iraindutako pertsona”* aipatzen dira. Izen arazo hau ere garrantzi handikoa da

Wittgenstein-ek dioenez *Tractatus Logico-Philosophicus* lanean, 3.22: “*Proposizioan izenak objektu funtzioa egiten du*”. Beraz, izena aldatzean objektua aldatzen da.

Eraso sexualei buruzko lehenengo kapituluak (178-180 artikulua), eta sexu abusuei buruzko bigarrenak (181-183 artikulua) oso kontuan hartzen dute behin eta berriro biktimen zaurtasun gradua. Horixe adierazten dute berariaz 180. artikuluko 3 eta 4. zirkunstantziak eta 182.eko kasu biak. Artikulu biek astuntzen dute zigorra kasu honetan: “*Delitua senidetasun harremanaz baliatuz egiten denean (izatez nahiz adopzioz, biktimaren aurreko senidea, ondokoa edo anai-arreba)*” eta “*Biktima, bere adina, gaixotasuna edo egoera dela-eta bereziki zaurgarria denean*”.

Astungarria askoz larriagoa da 180.ean 182.ean baino, izan ere oinarritzko erasoaren zigorra (bat eta lau urte bitartekoa) lau eta hamar urte bitarteko kartzela zigorra da. Erasoa haragizko barneratzea, objektuak sartzea edo ahotiko edo uzkitiko barneratzea bada oinarritzko zigorra (sei eta hamabi urte bitartekoa) hamabi eta hamabost urte bitartekoa da. Zigor honek 138. artikuluko hilketa delituaren zigorra gainditzen du beheko mugan: hamar eta hamabost urte bitarteko zigorra.

Zenbait sexu abusutan, 182. artikulua, oinarritzko zigorra (baimenik ez dagoenean lau eta hamar urte bitartekoa, eta bat eta sei urte bitartekoa nagusitasunezko abusua dagoenean) erditik gora jartzera derrigortzen du.

Ikus dezagun ze aipamen egiten den pertsona ezgai buruz, delituaren subjektu pasibo edo biktima direnean, I. Liburuaren 25. artikuluari begiraturaz. Pertsona ezinduei buruzkoak dira honako artikulua hauek:

– 185 eta 186: Exhizionismo eta probokazio delituak. Artikulu bi hauek biktimen eremua zabaltzen dute, aurreko kodeko pareko artikuluekin (431 eta 432) alderaturaz. Biktimen eremua adin txikikoetara eta ezgaietara hedatu da.

– 187: prostituzioa. Artikulu honek ezgaiak sartzen ditu biktimen artean, pertsona babestuen eremua zabalduz.

– 229 eta 230: adin txikikoa edo ezgaia bertan behera uztea. Artikulu hauek, era berean, pertsona ezgaiak sartzen dituzte babes eremuan.

– 231: adin txikikoa edo ezgaia gainontzeko baten esku edo establezimendu baten esku uztea.

– 232: adin txikikoak edo ezgaiak erabiltzea edo uztea eskeketasuna praktikatzeko. Aurreko kode penaleko pareko artikulua (498 bis) ez zituen sartzen pertsona ezgaiak.

Labur-labur esateko, Kode penal berriaren II. eta III. Liburuek Biktimologiaren eskakizun aurrerakoi batzuei ireki dizkie ateak, baina berrikuntzarik asko dago oraindik egiteko, izan ere delitugilea da oraindik gunea eta ardatza, eta justizian, *de lege ferenda*, biktimei dagokie leku hori.

3.3. Beharrian-egoera larrian dauden biktimei laguntza ematea (dese-goki Deituriko Eutanasia)

“Jarduera medikoaren lehen irizpidea eta, beraz, nagusia, hil zorian dagoenaren ona da”.

(K. Demmer, Eutanasia, *Nuevo Diccionario de Teologia Moral*, Madrid, Ed. Paulinas, 1992, 741. or.).

Kode penal berriak, dogmatika, biktimologia eta politika kriminal modernoarentzat oso artikulua interesgarria bildu du: duintasunez hiltzeko eskubidea arautzen duen artikulua, gaur egun sarri izan dena eztabaidagai. Zenbait espezialistaren arabera gai-xotasuna edo mina ez jasateko eskubideak duintasunez hiltzeko eskubidea ematen dio gaixoari. Ez da bidezkoa agintaritzak kalte horiek jasatera behartzea gaixoa, bestela zaindu edo laguntza ematen duenari zigor penala ezarriko zaiola mehatxatuz.

Eutanasia berba saihestu egin behar da ahal dela, izan ere heriotza eragitearekin lotzen da, edo hil edo asasinatzearekin. Ez dago, aldiz, horrelakorik duintasunez hiltzeko arazoan. Duintasunez bizitzen edota hiltzen laguntza ematea da arazoaren gunea, beti ere bizitza duinaren azken unerarte sufrimendua arinduz. Bizitzaren azkenengo une garrantzitsu horri, hau da, heriotzari duintasuna eta gizatasuna ematen ahalegintzea, horixe da helburua.

Lege organikoak eutanasia tipifikatu eta hobendatzen du, baina oso zigor arina jarri, batzuetan sinbolikoa bakarrik, salbu eta profesionalen kasuan. Profesionalei, berrerrortzen direnean, ez zaizkie aplikatulo zigorrari dagozkion alternatibak.

Kasu honetan 143. artikuluan 4. zenbakia interesatzen zaigu. Artikulu horrek beste pertsona baten heriotza eragin edo horretan laguntzea tipifikatu eta zigortzen du (Kakoarte honetan, kontuan izan behar dugu Kode penalak ez darabilela “eutanasia” hitza, ez eta “heriotza duina” edo “hiltzen laguntzea” ere. Guk orain izendapen hauek edo antzeko beste batzuk erabiliko ditugu, ez baitugu lekurik azterketa semantikoa egiteko, nahiz eta oso argigarria izango litzatekeen). Zigor testuak hauxe dio: *“Beste baten heriotza eragin edo horretarako beharrezko ekintzak zuzen-zuzenean eginez, aktiboki laguntzen duenak heriotza hori eragiten, biktimaren beraren eskabide serioa eta ezbairik gabea dela bide, biktimak hala-beharrez heriotza dakarren gaixotasuna duelako edo etengabeko pairamen larria eta jasanezina sortzen dion gaixotasuna duelako”...*

Ikusi dugunez hiru eratako delituak aipatu dira:

1. Beste pertsona bati heriotza eragitea, halabeharrez heriotza dakarren gai-xotasun larria duela-eta eskabide hori egin duelako.

2. Beste pertsona bati heriotza eragitea, etengabeko pairamen larria eta jasangaitza sortzen dion gaixotasuna duela-eta eskabide hori egin duelako.

3. Beste pertsona baten heriotza eragiteko beharrezko ekintzak eginez aktiboki esku hartzea, pertsona horrek 1. kasuan bezalako gaixotasun larria duela-eta eskabide hori egin duelako.

4. Beste pertsona baten heriotza eragiteko beharrezko ekintzak eginez aktiboki esku hartzea, pertsona horrek 2. kasuan bezalako gaixotasun larria duela-eta eskabide hori egin duelako.

Lehengo kasu bietan egileak eragin du heriotza, eta azkenengo bietan, ordea, beharrezko ekintzak eginez esku hartu du.

1. eta 3. kasuan gaixotasuna oso larria da eta halabeharrez dakar gaixotasun horrek heriotza; 2. eta 4. kasuan, ordea, gaixotasuna ez da hilkorra, baina eten-gabeko pairamen larri eta jasangaitzak eragiten ditu.

Kasu guztietan ere beharrezko betekizuna da biktimaren berariazko eskabidea, serioa eta ezbairik gabea. Hori dela eta, kodeak ez darabil eutanasia aktiboa adierazpidea errukiz, ez eta antzeko beste batzuk ere, baina legegileak arau-hauste penal gisa tipifikatu nahi izan ditu jokabide zehatz hauek, aurreko kodeetan ez zirenak hartotzat biltzen.

Zigorrari dagokionez, Kode penal berriaren arauak izan behar ditugu kontuan, 61. artikulua eta ondorengoak, guztiak ere oso berritzaileak. 1. eta 3. kasuari dagokionez, Auzitegien arabera eta kasuan kasuko gorabeherak kontuan izanda, gehieneko zigorra sei eta hiru urte bitarteko kartzela zigorra izan daiteke, eta gutxienekoa, hiru urte eta hamazortzi hilabete bitartekoa. Hiru urte eta hamazortzi hilabete bitarteko kartzela, larritasun gutxienekoa da (33.3. artikulua arabera). Hori dela eta, zenbait kasutan kondenatua ez da kartzeleratzen, izan ere, 80.1. artikulua arabera, larritasun gutxieneko zigorrak, zigorraren etendura onesten dute, edota Epailak edo Auzitegiak ezarritako obligazio edo betebeharrak ezar daitezke ordez (83. artikulua).

Delinkuentea delitu berean berrerortzen bada, ezin daiteke eten zigorra (80.1. artikulua). Beraz, tipifikazioa ez da sinbolikoa bakarrik izango beraien lanbidea edota konbikzioak direla-eta berrerortzeko arriskuan daudenentzat.

Logikoa denez, 2. eta 4. kasuetarako zigorra txikiagoa izango da. Aukera asko biltzen ditu: gehienez urte biko askatasun gabetzea eta zigor horren etendurarako ezarritako arauak aplikatu daitezke; era berean, 83. artikuluko obligazio eta betebeharrak ezar daitezke, esaterako, "*bide-hezkuntza, sexu-hezkuntza eta beste arlo batzuei buruzko prestakuntza programetan, programa laboraletan edo kultur programetan parte hartzea*". 2. eta 4. kasuetan, kartzela zigorra urte bikoa baino laburragoa denean, Epailak edo Auzitegiak asteburuko itxialdia edo isuna ezar dezakete haren ordez (88.1. artikulua).

Espanian Zuzenbide penaleko, kriminologia eta Politika kriminaleko espezialista gehien iritziari, eutanasia aktiboko kasu larriak zigorgabe gera daitezke. Ildo honetatik adierazi dute euren iritzia Politika Kriminalari buruzko Ikerketa Taldeko 97 kideek Kontzientzi Eragozpenari buruzko Adierazpenean, 1993ko azaroaren 5ean Madrilan sinatu eta *Anuario de Derecho Penal* urtekarian kaleratua (1994, 311. or. eta ond.). Zehatzago mintzatu ziren hilabete batzuk lehenago, norbere bizitzaren erabilgarritasunaren aldeko adierazpena sinatu zuten 77 lagunek (Madril, 1993ko ekainaren 26a. Cfr. *Cuadernos de Política Criminal*, 1994, 865. or. eta ond.).

Carlos M^a Romeo Casabona Zuzenbide eta Giza Genoma Katedrako zuzendaria, Zuzenbide Penaleko katedraduna eta Medizinan doktorea da eta honen iritzian (1994, 489. or.) Kode penal berriaren planteamendua egokia da orokorrean (baina katedraduna 1992ko proiektuaz ari da, arazo honetan erabateko adostasuna azaltzen baitu).

Nazioarteko jurisprudentziak aurreko urteetako irizpideak barik guztiz bestelakoak darabilz. Gaur egungo auzitegiek ez lukete aldarrikatuko epai batean, 1954an Alemaniako Auzitegi Federalak idatzi zuena: “*Lege moralak erabat gaitzesten du suizidioa –salbu eta muturreko salbuespenak–, inor ezin baitaiteke bere bizitzaz baliatu eta bere burua hil*” (*Entscheidungen des bundesgerichtshof in Strafsachen*, 6. Liburukia, 153).

Epailleek eta legegile penalek kontuan izan behar dituzte eta onartu doktrina berriak, hain zuzen ere lehenago kriminalizat jo eta gaitzesten ziren jokabide askok izan dezakeen zentzu positiboari (gehiago edo gutxiago) buruzko doktrina berriak.

Pautick Baudry soziologo frantsesak “Suizidioari buruzko datu berriak” artikulua kaleratu zuen *Concilium* aldizkarian (1985, 315. or. eta ond.), eta bertan esan zuenez, eutanasia deitzen den ekintzak, batzuetan, “ez du adierazten maitasun beharrezana bakarrik, nahiz eta hala esan daitekeen zehazgabetasunez eta ezjakintasunez. Harremanen arteko ordena berdefinitzeko deia da”. Hori dela eta horrelako ekintzak gogaikarriak izan daitezke edo eragozpenak sor ditzakete, izan ere, lotura sozial eta egitura komunitario bidezkoagoen berrezarpena aldarrikatzeko deia dira.

3.4. Premiaz Gainditu Beharreko Hutsuneak

Oinarri-oinarrizko hutsune bat dago Kode penaleko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoaren Atariko Tituluan eta arrazoien azalpenean. Hiru Liburuetako hainbat kapitulutan eta xedapen gehigarri eta aldi baterako xedapenetan ez dira biktimak aipatzen, ezta apirilaren 26ko 690/1996 Errege Dekretuan eta presondegi legeria eta praxisean ere.

3.4.1. Kode Penala

“Erantzukizun zibil subsidiarioaren eragozpen larria ere hor dago oraindik”.

Enrique Ruiz Vellido, *Victimología* 13. zk., Centro de Asistencia a la Víctima, Cordoba, (Argentina), 1995, 7. or.

Akatsik larrienak Arrazoien Azalpenean eta Atariko Tituluan daude, baina horrez gain badaude baita ere hutsuneak eta oso nabarmenak hiru liburuen titulu batzuetan.

Kode penaleko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoaren Arrazoien Azalpenak (azaroaren 24ko EAO, 281. zk.) –hain zuzen ere legegileak idatzia, Gobernuak egin eta Ganbaran eztabaidatu ondoren onetsi den Kode penalaren irizpide eta eduki berriak nabarmendu eta justifikatzeko– ez dio hitz bat bera ere espezialista eta biktimologo askoren iritzian legegileak berak eraberritu eta bikaintasunez aldarrikatu beharko lukeenari buruz: nor den eremu juridiko penalaren gunea eta nor babesten duen, nortzuk diren biktimak –gutxi gorabehera zuzenak– eta zein den berauen eskubideen babes espezifikoa. Ez du esaten, beraz, Kode penalak ezinbestez bildu beharko lukeela biktima eta kaltegilea birsortzeko zigorraren kontzeptu eta edukin berria, doktrinak landu eta behin eta berriro eskatu duena, hain zuzen. Doktrina horrek, logikoa denez, “zigor” hitza saihesten du, baina ez gure

kodeak. Laster itzuliko gara gaira, oso garrantzitsua baita kodean eta presondegi sisteman.

Hutsune eta akats handiagoa dugu, ostera, Atariko Titulu berrian. Hirugarren milurteko Kode penalaren Atariko Tituluan hiru kontzeptu nagusik agertu behar dute, gurean ez daudenak, hain zuzen:

- Delitu eta falten biktimei buruzko azalpen bat.
- Zein den zigor penal birtualaren izen, kontzeptu eta edukin berria (ezinbestean berria).
- Zeintzuk dira biktimen inguruan egin beharreko oinarrizko zuzenketak eta ardatz nagusiak.

Doktrina biktimologikoaren arabera biktimek arreta berezia merezi dabe eta zenbait zuzenketa egin behar dira arlo horretan, justiziaz jokatu nahi bada gauza guztien gaintik. Eta "gauza guztien gaintik" esan dut, izan ere, kaltegileei edo falta edo delituaren egile kondenatuei barik biktimei eskeini behar diete lehenasuna erantzun eta zigor penalek.

Atariko Tituluak, aldiz, ez du aipatu ere egiten. Nozioa bera eta deskripzioa ixiltzen du, eta ez ditu aipatzen biktimologiaren euskarri diren eta kode penalaren ardatz izan behar luketen habe biak: biktimak eta zigor birsortzailea. Ez ditu behin ere aipatu biktimak. Eta ixiltze hori askoz deigarriagoa da zenbait kapitulutan. Esaterako, 2.2. atalean atzeranzko eragina izan dezaketen lege berriez hitz egiten du eta beti kaltegilea edo erruztatua aipatuz; baina errudunak aipatzean biktimak ere aipatu beharko litzuzke, izan ere, sarritan, zenbait arauk izan dezaketen ondorio horiek biktimei eragin diezaiekete, inoiz errudunari baino gehiago. Ezin dezake inork frogatu justiziazko eta gizatasunezko arrazoi sendoen bidez, kode penalak, justiziak edota botere judizialak errudunaren aldeko izan behar dutela, beronen biktimen gaintik.

I., II. eta III. Liburuetako zenbait kapitulutan azaltzen diren hutsuneak ere bete beharra dago. Hemen lekurik ez dugunez, I. Liburuko artikulua batzuk bakarrik aipatuko ditugu. 32. artikulua arabera zigor guztiek (isunaaz gain) kentzen dute askatasuna edota eskubideren bat. Komunitatearen aldeko lanak ere eskubide murriztailezat hartzen dira, 39. artikulua arabera. Ez da azaltzen zigorraren kontzeptua gauza positibo gisa, biktimaren aldeko edo kondenatuen aldeko kontzeptu gisa.

Beste lau artikulutan kondenatuaren arrisku kriminalaz hitz egin da (6.1, 78, 80 eta 97.a). Suposamendu horiek hutsune nabarmena dute, izan ere ez diote lehenetasunik ematen biktima eta egilearen arteko harremanari. Askoz larriagoa da 80. artikuluko hutsunea gaintitzea; hauxe esan beharko luke: "*Epaile eta Auzitegiek askatasun gabetze zigorrak eten ditzakete arrazoitutako erabaki bidez, gabetze hori urte biko baino laburrago denean, egilea eta biktimen arteko harremanean eta egile horren arrisku kriminalean oinarrituz*".

Beste zenbait artikulutan ere nabari da hutsune hori, esaterako, askatasun gabetze zigorraren etendurari buruzkoetan. 83.5. artikulua zigortuaren birgaitze sozialaz hitz egin beharko zukeen. 83. artikulua honek, gainera, seigarren puntu bat falta

du; hauxe esan beharko luke: “*Epaileak edo Auzitegiak obligazio edo betebeharrak ezarriko dizkio delinkuenteari biktimei arreta handiagoa edota ordainketa hobe eskaintzeko*”.

III. Tituluko III. Kapituluaren lehenengo sekzioak askatasun gabetze zigorren etendura arautzen du, eta kondenatuari buruzko artikulua guztiek edo ia guztiek alde batera utzi dute biktima. Horrela, 81.3, 86 eta 87. artikuluetan interesatuei eta alderdiei entzun beharra azpimarratzen da, baina biktimei entzun beharra ere azpimarratu beharko lukete. 87.2. artikulua arabera, Epaileek eta Auzitegiek egintzaren eta egilearen inguruko zirkunstantziak hartu beharko lituzkete kontuan, baina, era berean, biktimen inguruko gora-beherak kontuan izatea ere eskatu beharko luke. Eta 88.1. artikulua bigarren lerroaldean ere horixe bera aplikatu behar da, delinkuentearen prebentzio eta bergizarteratze helburuak ez zapuzteko xedea azpimarratzen duenean hain zuzen, izan ere biktimek ere behar dituzte prebentzio eta bergizarteratze neurriak.

Gutiz premiazkoa da 90. artikulua eta ondorengoek –*baldintzapeko askatasunari buruzkoak*–, 101.ak eta ondorengoek, –*segurtasun neurrien aplikazioari buruzkoak*–, eta 109.ak eta ondorengoek, –*delitu eta faltan erantzukizun zibilari buruzkoak*–, seriotasunez aldarrikatzea delituaren egilearen eta biktimaren artean nolabaiteko harremana behar dela, hain zuzen ere harreman ordaintzaile eta birtualizatzailea, ahal denik eta eragingarriena. Leku falta dela eta, 109.1. artikulua formulazio berriaren proposamena baino ez dut jarriko hemen: “*Legeak delitu edo faltatzat duen egintza egiteak, biktimei arreta eta zaintza osoa emateko derrigortasuna dakar, eta aurreikusitako moduan konpondu beharko da...*”. Badakigu artikulua horiek aparteko arintasunaz egin, idatzi eta eztabaidatu zirela, eta horrek bakarrik azal dezake biktimaren aipamenik ez egitea.

Artikulu hauek berehala berriztatzea nahi dugu eta, aldi berean, beharrezkotzat jo dugu, artikuluan aplikazio praktikoa eragingarria ahalbidetzeko baliabide materialak eta langileak jartzeko beharrezko aurrekontu dotazioa egitea.

Kode penalaren berrikuntzen artean egokienetarikoa izango da, beharbada, 49. artikulua bildu zuen zigor berria. Baina ez ditu nahikoa kontuan hartzen biktimak. Hauxe dio: “*Komunitatearen aldeko lanek ezin izango dira ezarri zigortuaren baimenik gabe, zenbait jardueratan ordain gabeko lankidetzak eskaintzeko derrigortasuna jartzen diote. Ezin daitezke egin jarduera horretan egunean zortzi ordu baino gehiago...*”. Legeria osagarriak ere hutsune handiak ditu. Kode penal berria indarrean ezarri aurretik ere, apirilaren 26ko 690/1996 Errege Dekretuak ezarri zituen *komunitatearen aldeko lanak eta asteburuko atxiloketa zigorrek betetzeko garabeherak* (maiatzaren 17ko EAO, 120. zk.; errakuntzen zuzenketa abuztuaren 2ko EAO, 186. zk.). 49. artikulua eta honi dagokion Errege Dekretuak gutiz ahaztu dute biktimaren aipamena egitea.

49. artikulua honetan gure legegileak ez ditu biktimak aipatzen. Ezartzen dituen baldintzei dagokienez, biktimak izan behar lituzke baldintza horien ardatz, eta zalantzarik izanez gero, biktimak izan beharko lirateke komunitatearen eta zigortuaren gainetik.

Azken hogeita bost urtetan hainbat eta hainbat ikerketa kaleratu izan dira, kondenatuak iraindu edota kaltetu dituen biktimen aldeko lana egitea eskatuz, baina ez

dira ikerlanok kontuan hartu. Oraindik ere delitua erruztatu eta komunitate-agintaritzaren arteko binomiotzat hartzen da; funtsezko oinarri ordezkazina duen triangelu birtuala dela ahaztu du, eta oinarri hori biktimak edo biktimek osatzen dutela.

690/1996 Errege Dekretuan azaldu ez diren funtsezko aipamenak azpimarratuko ditugu. 1. zenbakiak, *kontzeptuari buruzkoa*, berariaz azaldu beharko luke lanak edo lankidetzaren pertsonalaren prestazioak “*legez kanpoko jokabideak kalteu dituen biktima zuzen eta bitartekoen ordainketan oinarritu behar duela*”...

Lanpostuen zehaztapenari buruzkoa da bigarren zenbakia; zenbaki honek zera eskatu beharko luke: hitzarmenik edo plazarik izan ezean biktimek (eta zigortuak) lan jakin bat proposatu ahal izango dutela... Auzitegiari txosten bat egin behar zaiola ezartzean ondokoa zehaztu beharko luke: lehenengo eta behin biktimek formulatu behar dute txosten hori, eta presondegietakoa administrazioek ondoren, eskeinutako proposamena aztertu ondoren.

Elkarrizketa ta lanaren hautaketari dagokionean, 4. zenbakiak dioenez, presondegietakoa gizarte zerbitzuek, zigortuari egin behar diote elkarrizketa lehenengo eta behin, bere ezaugarri pertsonalak, lan gaitasuna, eta inguru sozial, pertsonal eta familiarra ezagutzeko; baina biktimak ere elkarrizketatu beharko lituzke zerbitzu horrek. Izan ere hauexek jasan dute kaltea.

Lan jardunaldia, ordutegia eta ordainketei dagokionean, ondo dago zigortuaren “*karga pertsonal eta familiarrak*” kontuan hartzea, baina biktimen kargak izan beharko lirateke kontuan batez ere. Biktimek ere eskuhartu beharko lukete 6. zenbakiak aipatzen duen kontrol eta segimenduan, eta beraiei eman behar zaie azken dokumentua, 7. eta 10. zenbakiak eskatzen dutenaren antzekoa.

Arrazoen Azalpenean, Atariko Tituluan eta Kodearen kapitulu askotan biktimei buruzko garrantzizko aipamenak utzi dira egin gabe, esaterako, askatasun gabetze zigorren etendurarako betekizunak arautzean, zigortuaren gaitze sozialari buruzko zehaztapenetan, baldintzapeko askatasuna lortzeko betekizunak arautzean, erantzukizun zibila arautzean, komunitatearen aldeko lanaz hitz egitean (edo hobeto esanda, biktimen alde), etab.

Presondegien arloan sartu aurretik, berriro esango dugu hemen Kodeak “*zigor*” hitza ezabatu beharko lukeela bere artikuluetatik. Inoiz ez da erabili behar termino zaharkitu hau, erdi aroaren aurretiko mendekuzko pentsakeraren isladapen dena hain zuzen.

Dudan indar guztiarekin aldarrikatuko dut, eta helduei adieraziko diet oraingoan, duela denboratxo bat gaztetxoagoei adierazitakoa.

UTIKAN ZIGORRAK!

Ez du inork inoiz
zure haurrik zigortuko.
Inork inoiz.
Higuin lazgarria,
holokausto mingarria
litzateke.

Ez du inork inoiz,
 ezta Jainkoak bere guztian ere,
 zure haurrik makilduko.
 Haserre zaite
 berarekin. Bai, baina
 bere hortan onartzen duzun
 neurrian.

Zure haurra,
 –bihitegi
 izkutu,
 elbarra,
 elurpeko ur hotza–
 ernetzen den neurrian
 loratzen da
 zure begi-ninian.

Gure Kodeak “zigorra” eta “zigortu” hitzak darabiltza oraindik ere, Atariko Tituluan, lehengo eta bigarren arikuletan, eta hiru bider zortzigarren artikuluan. Hiru Liburuek aipatzen dituzte behin eta berriro hitz zaharkitu horiek, erdi aroko zuzenbide penal primitiboan giltzarri zirenak, hain zuzen. Kondenatuari, beraz, kalte mingarri eta gaitza eginez erantzun behar zaio, ekintza kaltegarriaren mendekuzko ondorio gisa, *malum passionis propter malum actionis* (Boecio, Erroma 480 – Pavia 525). Hirugarren milurtekoaren atarian gaudela, Kode penalak zigor barik erantzun behar dio biktimizazioari, kaltegileak egin duen kaltearen kontzientzia har dezan eta kalte horretaz jabetu dadin ahalbidetu behar da; kaltegileak ahal duena egin behar du biktima birpertsionalizatu eta bera ere birpertsionalizatzeko, adiskidetzeko eta anaitasunezko elkarbizitza bideratzeko.

3.4.2. Presondegia Legeria eta Praxisa

Hain laudatua izan den irailaren 26ko 1/1979 Lege Organikoak, presondegiei buruzko lege orokorrak, ez ditu ezertarako biktimak aipatzen, ezta maiatzaren 25ean indarrean sartu zen Presondegia Araudi berriak ere, otsailaren 9ko 190/1996 Errege Dekretuaren bidez onartuak (arrazoien azalpenean ere ez da inolako aipamenik egiten).

Hutsune horiek bete beharra dago, eta ez bakarrik kartzelako mundu penagarrian izan behar den giza printzipioagatik bakarrik. Berehala zuzendu behar dira, gutxienez, Legearen 46. artikulua eta Araudiaren 263-264 artikuluek aipatzen dituzten ordainsarien atala.

46. artikuluan presoak biktimekin duen jarrera eta jokabidea kontuan hartuko duen esaldiren bat sar daiteke. Esaterako, “*Norberaren jokabidean eta establezimenduan antolatutako jardueretan jarrera ona, lan izpiritua eta erantzukizuna (batez ere bere biktimei dagokienean) agerian jartzen duten ekintzak saritu egingo dira arauz ezarritako ordainsari-sistema batez*”. Araudiari dagokionez, nahikoa izango da esaldi hori bera sartzea 263. artikuluan.

Zaintza Epailak eta Zentroko Disziplina Batzordea baino garrantzitsuagoa eta eraginkorragoa izango da. Batzorde horrek, Araudiko II. kapituluak aipatzen dituen organo kolegiatu gehienek bezala, arreta handiagoa jarriko luke biktimetan, baldin eta beronen kideen artean *kriminologo* bat izango balitz (hala izan beharko luke), 1981eko Presondegi Araudiak, 281. artikuluan, Jurista-Kriminologoei buruzkoan, ezartzen zuen bezalako zerbait.

Kontuan izan beharko da baita ere, presoak bere biktimekin duen jokabidea, Araudiko 202-206 artikuluek aipatutako onurak ematerakoan.

4. POLIZIA, BIKTIMA ETA HERRITARREN ZERBITZARI ETA LAGUN?

Aurreko orrialdeetan adierazitakoaren osagarri gisa, badirudi egokia litzatekeela herritarrek polizia nola hartzen duten ikustea. Gorabehera hau Alemanian aztertu dute oraintsu (U. DÖRMANN, 1996, 26, 27, 28 29. or.)

1994ko udazkenean, Wiesbaden-eko Polizi Bulego Federalak (*Bundeskriminalamt*) 1991n hasitako ikerketari ekin zion. Guretzako emaitzarik adierazgarrienak ondoko tauletan agertzen dira:

1. taula: POLIZIA GEHIENAK ADEITSUAK ETA ADIKORRAK DIRA OROKORREAN (Ekialdea)

Iritzia (inkestaturen %tan)	1990		1991	1994
	Bateratu baina lehen	Bateratu ondoren		
(1) Erabat ados	11	24	16	21
(2) Nahikoa ados	30	55	54	56
(3) Nahikoa kontra	42	17	25	18
(4) Erabat kontra	17	3	3	4
Batez bestekoa (1)etik (4)ra	2,7	2	2,1	2
Guztira	4.999	4.999	4.600	2.034

Ekialdeko Alemanian 1989ko azaroan Berlineko harresia bota eta batera etorritako aldaketa politikoaren ondorioz poliziaren estimuak gora egin zuen nabarmenki. Baina estimu horrek 1991n behera egin zuen apur bat. Dena den, 1994an berriro ere gorantz joan zen eta ia-ia 1990eko maila lortu zuen. Alemaniako

Errepublikan Federalean (mendebaldeko aldean), 1990ean, polizia gehiago hartzen zuten lagun gisa ekialdeko aldean baino, baina 1994an pertzepzio parekatu egin zen.

2. taulan agertzen denez, 1994an, 35 urtetik beherako gizonak ziren kritikoenak polizi-”lagun” pertzepzio horri dagokionez, eta 35 urtetik gorakoek, gehienbat, polizia laguntzat hartzen zuten; emakumeek arean gutxiago estimatzen dute.

2. Taula: POLIZIA GEHIENAK ADEITSUAK ETA ADIKORRAK DIRA OROKORREAN (Mendebaldean)

Iritzia (inkestatuaren %tan)	1990	1994
(1) Erabat ados	30	28
(2) Nahikoa ados	53	56
(3) Nahikoa kontra	15	14
(4) Erabat kontra	2	2
Batez bestekoa (1)etik (4)ra	1,9	1,9
Guztira	2.027	1.994

“Polizia zure lagun eta zerbitzaria al da?” galderari, 1994an, Mendebaldeko zatian, %75ek baietz zioten, eta ekialdean, 1990 baino lehenago, %32k bakarrik, eta 1994an, %64raino igo zuen kopuru horrek, ondoko tauletan azaltzen denez:

3. Taula: HERRITARREN BALORAZIOA POLIZIEN ADEIKORTASUNARI BURUZ (Alemania bateratua 1994)
-INKESTATUEN ADIN ETA SEXUAREN ARABERA-

Iritzia (inkestatuaren %tan)	Sexua		Adina	
	Gizonezkoa	emakumezkoa	35 urtetik gora	35 urtetik behera
(1) Erabat ados	24	28	14	33
(2) Nahikoa ados	55	58	61	54
(3) Nahikoa kontra	17	12	21	11
(4) Erabat kontra	3	1	3	2
Batez bestekoa (1)etik (4)ra	2	1,9	2,1	1,8
Guztira	1.915	2.115	1.342	2.688

4. Taula:POLIZIA ZURE LAGUNA DA ETA LAGUNDU EGITEN DIZU

Iritzia (inkestatuen %tan)	Ekialdea			Mendebaldea	
	1990 Bateratu baino lehen	1990 Bateratu ondoren	1994	1990	1994
(1) Erabat ados	7	11	15	22	23
(2) Nahikoa ados	25	48	44	53	50
(3) Kontra	43	34	32	20	22
(4) Erabat kontra	25	8	8	4	4
Batez bestekoa (1)etik (4)ra	2,9	2,4	2,3	2,1	2,1
Guztira	4.999	4.999	2.034	2.027	1.994

Alemaniano ikerketa hauei dagokienez, Euskal Poliziari buruzko uztailaren 17ko 4/1992 Legearen II. kapituluko 33. artikulua (*Kode deontologikoa*) honako hau dio: “*Euskal Poliziaren kideek, zerbitzutik kanpo ere, legea eta herritarren segurtasuna defendatzeko esku hartu beharko dute beti, eta lagundu egin beharko dute istripuetan eta ezbehar publiko edo partikularretan*”.

Ertzaintzaren kode deontologiko hau komentatzean, Jose Luis Yanguasek ertzaia “*zerbitzari publiko*” eta herritarri laguntzen dion “*babesle*” gisa definitu du (J.L. YANGUAS, 1990, 45. or.). Honako hau gehitu daiteke: “... *eta batez ere biktimei*”.

Zentzu bera aurkitzen dugu Kriminologiako Euskal Institutuan *bitartekaritza-ri* buruz une honetan burutzen ari diren hainbat doktoretza tesiren kapitulu garrantzitsuetan. Bertan mezu hau ikus daiteke polizientzat: kontuan izan biktimologoen zure betiko eginkizun jatorraz gain (*zenbaitek ez dute eginkizun hori ezagutzen, izan ere, Donostiako Udalak argitaratutako 1997ko agendan, honako hau agertzen da: “Nahiago ditut katuak txakurrak baino, ez dago polizi katurik eta”*), eginkizun berria eman nahi dizutela: bitartekoa, bakegilea, adiskidetzaila.

5. AIPAMEN BIBLIOGRAFIKOAK

Luis ARROYO ZAPATERO (1996), “*Sociedades secretas y Derecho penal*”, en J. A. Ferrer Benimeli (Comp.), *La Masonería en la España del siglo XX. VII Symposium Internacional de Historia de la Masonería Española*, Toledo, Tomo I, pp. 3-13.

- M. Cherif BASSIOUNI (1988), "Introduction to the United Nations Resolution and Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", en Idem (Comp.), *International Protection of Victims*, monográfico de *Nouvelles Etudes pénales*, núm. 7, Association Internationale de Droit pénal, Ed. Erès, pp. 17 ss.
- Antonio BERISTAIN (1987), "La justice et l'assistance aux victimes. A propos de l'élaboration d'une déclaration par les Nations Unies", *Revue internationale de Criminologie et de Police technique*, pp. 331-342.
- (1990), "La Victimología creadora de nuevos Derechos Humanos", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 205-228.
- Pierre-Henri BOLLE (1989), "Le sort de la victime des actes de violence criminels en Droit pénal suisse: De l'enfer au paradis", en J.L. de la Cuesta, I. Dendaluz, E. Echeburúa (Comps.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, pp. 53-64.
- Uwe DÖRMANN (1996), *Wie sicher fühlen sich die Deutschen?*, Bundeskriminalamt, Band 40, Wiesbaden.
- Frieder DÜNKEL (1990), "Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, ..., pp. 159-182.
- Abram EKSTERMAN (1993), "Antisemitismo: Uma Aproximação Psicanalítica", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 106-116.
- Winfried HASSEMER (1984), *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- Myriam HERRERA MORENO (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid.
- Louk HULSMAN, Jacqueline BERNAT DE CELIS (1982), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Le Centurion, París.
- (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, traducción de Sergio Politoff, Ariel, Barcelona.
- Günther KAISER (1991), "Victim-Related Research at the Max-Planck-Institute. Points of Departure, Issues and Problems", en G. Kaiser, H. Kury, H.-J. Albrecht (Comps.), *Victims and Criminal Justice. Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, Vol. 50, Freiburg i. Br., pp. 3-17.
- (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª edic., C.F. Müller, Heidelberg.
- Gerardo LANDROVE (1990), *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Eliás NEUMAN (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2ª edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.
- Carlos M^º ROMEO CASABONA (1994), *El derecho a la vida y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. R. Areces, Madrid.
- Hartmut SCHELLHOSS (1993), "Funktionen der Kriminalität", en G. Kaiser, F. Sack y H. Schellhoss (Comps.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 152-156.

José Ignacio ULLIBARRI (1994), "Aportaciones para una Deontología profesional del criminólogo", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 8, Departamento de Interior, Gobierno Vasco, pp. 159-169.

José Luis YANGUAS (1990), "Código deontológico de la Ertzaintza (Apuntes para una interpretación práctica)", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 1, Departamento de Interior, Gobierno Vasco, pp. 42-47.

6. BIBLIOGRAFIA

Andreas ANTER (1994), *Max Webers Theorie des modernen Staates. Herkunft, Struktur un Bedeutung*, monográfico de *Beiträge zur Politischen Wissenschaft*, Band 82, Duncker & Humblot, Berlin.

M. Cherif BASSIOUNI (Comp.) (1988), *International Protection of Victims*, monográfico de *Nouvelles Etudes Pénales*, Association Internationale de Droit Pénal, Ed. Erès.

Amaya BERANOAGUIRRE (1991), "Biktimologia: bizipen traumatikoak eta poliziaren partehartzea - Victimología: vivencias traumáticas e intervención policial", *Harlax. Revista Técnica del Ertzaina*, núm. 3-4, Dpto. de Interior, Gobierno Vasco, 1991, pp. 182 ss.

Antonio BERISTAIN (1984), "Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados", en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, número especial del *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, pp. 195-258.

IDEM (1987), *Presondegiaik, Gazteen gaizkintza, drogak*, Gero, Mensajero, Bilbao.

IDEM (1993), "Un derecho de la víctima: el proceso en conviction-sentencing", en W. Küper, J. Welp (Comps.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller Juristischer, Heidelberg, pp. 653-662.

Antonio BERISTAIN, José Luis de la CUESTA (Comps.) (1990), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián.

Roque de BRITO ALVES (1993), "A vitima de crime sexual", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 361-380.

Francisco BUENO ARUS (1990), "La atención a la víctima del delito", *Actualidad Penal*, núm. 27, julio 1990, pp. 297 ss.

IDEM, (1994), "Panorama moderno de la pena de prisión", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXX, Univ. de Coimbra, pp. 247 ss.

Juan BUSTOS y Elena LARRAURI (1993), *Victimología: presente e futuro*, PPU, Barcelona.

José Luis de la CUESTA (1993), "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", *Homenaje a J. del Rosal*, Madrid, pp. 319-345.

Nils CHRISTIE (1981), "Conflicts as property", en *Perspectives on Crime Victims*, Gallaway A. Hudson, St. Louis.

Sarah Ben DAVID, Gerd Ferdinand KIRCHHOFF (Comps.) (1992), *International Faces of Victimology*, WSV Publishing, Mönchengladbach.

- Miguel Angel DIEZ RAMOS (1996), "Seguridad ciudadana, victimización y opinión pública", *Ciencia Policial* (Estudios), núm. 37, julio-agosto 1996, pp. 25 ss.
- José Luis DIEZ RIPOLLES y OTROS (1996), *Delincuencia y víctimas (Encuestas de victimización en Málaga)*, Instituto Andaluz Interuniversitario, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Uwe DÖRMANN (1996), *Wie sicher fühlen sich die Deutschen?*, Bundeskriminalamt, Band 40, Wiesbaden.
- Frieder DÜNKEL (1990), "Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal", en A. Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, I Cursos Europeos, Universidad del País Vasco, San Sebastián, pp. 159-182.
- Abram EKSTERMAN (1993), "Antisemitismo: Uma Aproximação Psicanalítica", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, pp. 106-116.
- Antonio GARCIA-PABLOS de MOLINA (1992), *Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Antonio GIMENEZ PERICAS (1993), "La Victimodogmática", *La Victimología*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 381-396.
- Esther GIMENEZ-SALINAS (1993), "La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho penal reparador", *La Victimología*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, ..., pp. 345-366.
- Fely GONZALEZ VIDOSA, Luis F. de JORGE MESAS (1993), "Derechos de las víctimas y de los delincuentes", en Ester Kosovski (Comp.), *Vitimologia: Enfoque interdisciplinar*, Sociedade Brasileira de Vitimologia, World Society of Victimology, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 149-180.
- Winfried HASSEMER (1984), *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- IDEM (1990), "Consideraciones sobre la víctima del delito", *Anuario de Derecho Penal*, enero-abril 1990, pp. 241 ss.
- Myriam HERRERA MORENO (1996), *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Edersa, Madrid.
- Hans-Joachim HIRSCH (1990), "La posición del ofendido en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 42, pp. 561 ss.
- Hans-Heinrich JESCHECK, Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edic., Duncker & Humblot, Berlín.
- Günther KAISER (1993), "Vitimologie heute", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 3 ss.
- IDEM (1996), *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3ª edic., C.F. Müller, Heidelberg.
- G. KAISER, H. KURY, H.-J. ALBRECHT (Comps.) (1991), *Victims and Criminal Justice*, 4 Vols., Max-Planck Institut, Freiburg i. Br.
- Gerd Ferdinand KIRCHHOFF, Ester KOSOVSKI, Hans Joachim SCHNEIDER (Comps.) (1993-94), *International Debates of Victimology*, núm. 11-12, WSV Publishing, Mönchengladbach.

- Gerardo LANDROVE (1990), *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- M^a de la Luz LIMA (1995), "Servicios a víctimas en México", en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50^o Curso Internacional de Criminología, México, pp. 11-82.
- Julio B. MAIER (1991), "La víctima y el sistema penal", *Jueces para la Democracia*, 12, 1, pp. 31 ss.
- Andrés MARTINEZ ARRIETA (1990), "La víctima en el proceso penal", *Actualidad Penal*, núm. 4, enero 1990, pp. 41 ss., febrero 1990, pp. 49 ss.
- R.I. MAWBY, S. WALKLATE (1994), *Critical Victimology. International Perspectives*, Sage Publications, London.
- Jürgen MEYER (1996), "Zur Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems unter besonderer Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs", en K. Schmoller (Comp.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Wien, pp. 629-647.
- Juan de MIGUEL ZARAGOZA (1987), "Hacia un sistema europeo de indemnización a víctimas de delitos", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1462, 25 julio 1987, pp. 1861 ss.
- Koichi MIYAZAWA (1986), "Viktimisierung im Strassenverkehr in Japan", en H.J. Hirsch, G. Kaiser, H. Marquardt (Comps.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 321-327.
- Koichi MIYAZAWA, Minoru OHYA (Comps.) (1986), *Victimology in Comparative Perspective*, Seibundo Publishing, Tokyo.
- Kerry MURPHY HEALEY (1995), "Victim and Witness Intimidation: New Developments and Emerging Responses", *Research in Action*, october 1995, National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, Washington, pp. 1 ss.
- Ignacio MUÑAGORRI (1994), *Eutanasia y Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.
- Elías NEUMAN (1994), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2^a edición, reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.
- IDEM (1995), *Victimología supranacional. El acoso a la soberanía*, Universidad, Buenos Aires.
- Reynald OTTENHOF (1992), "Jovens autores e jovens vítimas: unidade ou dualidade?", en J.M. de Araujo Jr. (Comp.), *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, pp. 557 ss.
- Jaime M. PERIS RIERA (1988), "Aproximación a la Victimología. Su justificación frente a la Criminología", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 34, pp. 93 ss.
- IDEM (1989), *Proyecciones penales de la Victimología. Excesos dogmáticos ante deficiencias prácticas*, Conselleria d'Administració Pública de la Generalitat Valenciana, Valencia.
- Christian PFEIFFER (1993), "Opferperspektiven. Wiedergutmachung und Strafe aus der Sicht der Bevölkerung", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 53 ss.
- President's Task Force on Victims of Crime*, Final Report, december 1992, Washington.
- Luis RODRIGUEZ MANZANERA (1996), *Victimología*, Porrúa, México.

- Carlos M^a ROMEO CASABONA (1995), "Sida y Derecho penal", *Problemas del tratamiento jurídico del Sida*, monográfico de *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 67 ss.
- Claus ROXIN (1989), *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 21 edic., C.H. Beck, München.
- Antonio SANCHEZ GALINDO (1995), "La victimización de los menores infractores en América Latina", en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50^o Curso Internacional de Criminología, México, pp. 147-170.
- Hans Joachim SCHNEIDER (Comp.) (1982), *The Victim in International Perspective*, Walter de Gruyter, Berlín.
- Horst SCHÜLER-SPRINGORUM (1991), *Kriminalpolitik für Menschen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Alfonso SERRANO GOMEZ (1986), *El costo del delito y sus víctimas en España*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.
- Klaus SESSAR (1993), "Ausländer als Opfer", en P-A. Albrecht y otros (Comps.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 111 ss.
- Miguel Angel SORIA VERDE (Comp.) (1993), *La víctima: entre la Justicia y la delincuencia*, PPU, Barcelona.
- Abel TELLEZ AGUILERA (1993), "Las víctimas del delito en el Derecho español", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 49, pp. 133 ss.
- VARIOS (1992), *El Derecho penal y la víctima*, número monográfico de *Papers d'Estudis i Formació*, núm. 8, marzo 1992, Barcelona.
- VARIOS (1988), *International Protection of Victims*, Association Internationale de Droit Pénal, Ed. Erès, Toulouse.
- VARIOS (1993), *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Victimología*, núms. 3 y 4 (1992), 13 (1995), Centro de Asistencia a la Víctima del Delito, Córdoba (Argentina).
- Peter WALDMANN (1996), "El nacimiento de la policía moderna en la Alemania del siglo XIX y algunas conclusiones relacionadas con la América Latina de hoy", en Idem (Comp.), *Justicia en la calle. Ensayos sobre la Policía en América Latina*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, pp. 31-49.
- Ludwig WITTGENSTEIN (1993), *Tractatus logico-philosophicus*, 4^a reimpression, traducción e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Alianza, Madrid.
- World Society of Victimology Newsletter*, Membership Directory, Vols. 1 al 6, 1981-1987/88.
- Eugenio Raúl ZAFFARONI (1989), *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires.

EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

249 - 273

SEXU ASKATASUNAREN KONTRAKO DELITUAK

Reyes GOENAGA OLAIZOLA

*Magistratuak**Kriminologiaren Euskal Institutoaren irakaslea*

Laburpena: Kode penal berriak aldaketa ekarri du delitu sexualetan babestu behar den ondasun juridikoaren kontzeptuan, orain ez baita “emakumezkoaren duintasuna”, pertsonaren “sexu askatasuna” baino. Honek beste tipologia bat eragin du delitu horri dagokionez, sexu askatasunaren kontrako eraso izatean oinarritzen baita, zenbait areagotze gehiagorekin eta aspaldiko zenbait termino baztertuz, “bor-txaketa” eta “estuproa” esate baterako.

Resumen: El nuevo Código Penal ha traído consigo un cambio en el concepto del bien jurídico que ha de protegerse en los delitos sexuales, que no es ya “la honestidad de la mujer” sino “la libertad sexual” de la persona. Esto ha provocado una nueva tipología del delito en cuestión, basada en el atentado contra la libertad sexual con la introducción de una serie de agravaciones, desechando antiguos términos como violación o estupro.

Summary: The new Penal Code has entailed a change in the concept of the judicial asset which must protect itself in sexual offenses, which is no longer “a woman’s chastity”, but rather “the sexual freedom” of the person. This has provoked a new typology of the offense in question, based on the attempt against sexual freedom with the introduction of a series of aggravating circumstances, discarding old terms such as violation or raping of a minor.

Résumé: Le nouveau Code Pénal a entraîné un changement dans le concept du bien juridique qui doit se protéger dans les délits sexuels, on ne parle plus de “la décence de la femme” mais de “la liberté sexuelle” de la personne. Ceci a provoqué une nouvelle typologie du délit en question, fondée sur l’atteinte à la liberté sexuelle tout en introduisant une série d’aggravations, bannissant ainsi des termes anciens comme viol ou stupre.

Auszug: Das neue Strafgesetzbuch hat eine Änderung in der Meinung der rechtsgelehrte verursacht, der sich gegen Sexualitätsverbrechen beschützen muß, was nicht mehr “die ehrbarkeit der frau” ist sondern “die Sexualitätsfreiheit” der Person. Das hat das Verbrechen eine neue Dimension gegeben, basiert auf den attentat gegen die Sexualitätsfreiheit und mit der Introdution einer Serie Erschwerungen, alte Ausdrücke wie Schändung oder Notzucht wegwerfent.

Jakina denez, Kode Penaleko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoak, sexu askatasunaren kontrako delituei buruzko arautze berria ekarri du. Kodeari dagokion Arrazoiaren Azalpenak hauxe dio: “helburua, mota penalak ondasun juridiko babes-tuari egokitzea da. Ondasun juridiko hori ez da, historikoki izan den legez, emakumearen duintasuna babestea, guztion sexu askatasuna babestea baino”.

Edozein modutan ere, babestutako ondasun juridikoari buruzko ikuskera aldatze hori Kode Penalaren 1989ko ekainaren 21eko eraberritzeari zor zaio. Eraberritze horretan IX. tituluaren idazpurua aldatu zen, duintasunaren kontrako delituei zegokien terminologia zaharra baztertu.

Eta, hala 1989ko eraberritze hura, nola mintzagai dugun hau, laurogeiko hamarkadaren hasieran sortutako kezka doktrinala orokorrari erantzuten diote. Izan ere, kezka horrek, Kodeak duintasuna ondasun juridikotzat babestea baztertu beharra agertzen zuen. Zuzenbide penala eremu horretan eraberritzea eskatzen zen, sexu askatasuna pertsonaren ondasun juridiko indibidualtzat babes zedin¹.

Ikuspegi aldatze horren bidez tresna zigortzailea laikotu nahi zuten, 1978ko Konstituzioaren balioen arabera, baita, orduan nagusi zen sexu-moralaren kontzeptua baztertu ere. Moral hori, tipo penaletan isladatu zen interes hauexek babestuz: familiakoak, ezkontzakoak *stricto sensu*, edo ezkontza asmokoak².

Horrela bada, Kodearen 178. artikulutik 194.era *sexu askatasuna* da, argi eta garbi, *babesten den ondasun juridikoa*. Horren bidez, *pertsonaren askatasunaren eremuari* dagokion objektu juridiko babesle baten aurrean gaudela aditzera eman nahi dugu. Eta objektu horren funtsezko edukia egungo edo geroko sexu autode-terminazio gaitasunak dira. Horrek honako ondorio hauek dakartza: helduei dagokienez, tipo penalen orientazioak sexu aukera oztopatzen duten jokabideak zigortu nahi ditu, eta adin txikikoei dagokienez, tipo penalak oinarritzko baldintzak zaintzeko orientaturik daude etorkizunean sexuaren eremuan nortasunaren garapen librea lor dezaten³.

Delitu sexualak arautzeari buruzko alderdi berri nagusienak Tituluaren lehenengo hiru kapituluetan daude eta jokabideen arabera mailakatzeko antzeko zerbait ezarri da. Hori dela eta, hauexek kontuan hartu dira: lehenengo eta behin indarkeriaz edo beldurrarraziz sexu askatasunaren kontrako erasoak (eraso sexualak), ondoren izaera horretako arazoak, indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe baina onespenik gabe (sexu abusuak), eta azkenik, nagusitasun egoeraz baliaturik mesede sexualak eskatzea (jazarpen sexuala).

Kodearen Arrazoiaren Azalpena, erabiltzen diren zigor tekniken alderdi berriei buruzkoa da, eta hauxe dio: “kasu horretan, tradizioetik aldentzeak bete-betean asmatzea dirudi”. Esaldi honek komentaria batzuen kritikak eragin ditu. Haien iri-

1. DIEZ RIPOLLES: *EL Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981. 260. or.

2. eta 3. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. 872. or.

tziz, inongo beharrik gabe marko legala zailtzea eta gizartean ondo sustraiturik dagoen terminologia argia eta zehatza (bortxaketa, estuproa) baztertzea ekarri dute⁴.

Nire ustez, ordea, Kodearen sistematikak kontzeptuak erraztu eta argitzen ditu. Abiapuntua jokabidearen oinarritzko kontzeptua da, sexu askatasunaren kontrako eraso, (kasu batean indarkeriaz edo beldurraraziz eta bestean ez, baina onespenik gabe). Agertzen diren alderdi berriak zenbait larriagotze dira, izan ere, berauek biktimaren borondatea deusezten duten baliabideen kualitatea edo larritasuna kontuan hartzen dute. Horrela, adin txikikoak edo gaixotasun mentalak dituzten pertsonak haragiz barneratzeak ez dakar halaberharrez modurik larriena, hau da, eraso sexuala (lehen, bortxaketa). Azkenean emango den kalifikaziorako (erasoa edo abusua) kontuan hartuko dena, erabilitako bidea indarkeriazkoa edo beldurrarazizkoa den edo ez izango da.

Edozein modutan ere, azalpen honetan adieraziko dugunez, sistematika horrek kasuren batean (sexu abusuetan, adibidez) eduki gutxiko tipoak egitera bultzatzen gaitu, eta praktikan iruditzekeo zailak direnak (“biltze mota”, zenbait autoreren esanetan).

Bortxaketa edo estupro kategoria tradizionalak alde batera uzteari dagokionez hauxe esan dezakegu: kategoria horiek ardura sistematikoari erantzuten diote, baina ezin ahanztu dezakegu ere, “emakume bortxatua” terminoak ikuspuntu biktimologikotik dakartzan biktimizazio prozesuak salatu zirela. Eta ildo horretatik, aldaketak jurisprudentziari dagokionez kontzeptuak berriz zehaztea eskatzen duen arren, aldeko inpresioa sortzen duela esan dezakegu.

Ondoren tipo penal desberdinak aztertuko ditugu, gure ikuspuntutik interesgarrienak izan daitezkeen puntuak azpimarratuz.

1. ERASO SEXUALAK

Jokabide hau Kodearen 178., 179. eta 180. artikuluetan araututa dago, eta guztiek *sexu eraso* kontzeptuaren ingurukoak dira. Estatuko Fiskaltza Orokorraren 2/90 zirkularraren arabera, sexu eraso, beste norbaiten sexu askatasunari eginitako edozein eraso da, ohiko egoeretan indarkeria edo zuhurkeriaren bidez ekintza edo jokabideak oztopatuz.

a) Oinarritzko tipoa

178. artikulua, indarkeriaz edo beldurraraziz beste pertsona baten sexu askatasunari eraso egiten diona zigortzen du.

4. ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras críticas” *La Ley* aldizkaria. 4044 zk. 4. or.

Zentzu honetan ere: OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal* aldizkaria. 32. zk.

Delituak, KP indargabetuaren (abuso nabarrak izeneko delitu zaharra) 430. artikuluko zaharretik elementu batzuk hartu ditu. Hura baino zabalagoa da, ekintza ez baita eraso sexualean oinarritzen. Delitu zaharraren arabera, delitua egoteko subjektu aktiboaren eta pasiboaren gorputzek elkar ukitu behar zuten. Berrian aldiz, deliturako dinamika desberdinak egongo lirатеke, beti, beste baten sexu askatasunari erasotzean, eta indarkeriaz edo beldurraraziz izatean. Horrela, beste jokabide batzuk ere kontuan hartu dira, esaterako: *norbaitek beste bat beraren gorputzean ukitze sexualak egitera behartzea*. Izan ere, jokabide hori 430. artikuluko “erasotzat” zehazten duenetik kanpo zegoen.

Hala eta guztiz ere, “*sexu askatasunaren kontrako eraso*” adierazpena hain zabala izate kritikagarria izan daiteke, zigortu nahi den jokabideari dagokionez zehaztasunik eza dakar eta. Hori dela eta, zenbait autorek 178. artikuluko sexu askatasunaren jarduera bera galaraztea hobendatu lekiokoen planteatu dute, adibidez: beste pertsona helduen artean (indarkeriaz edo beldurraraziz izatean) edo aitaren jokabidea, seme adin nagusikoa bainugelana masturbatzen ezustean hartu eta mehatxuz haren jarduera uztera behartzean. Hori eman zaion erantzuna berehalakoa izan da (Lopez Garrido, Garcia Aran, Fermin Morales...), planteamendu horrek tipo penalarren interpretazio zabalegia ekarriko luke, eta baztertu egin behar da kapituluaren artikuluen multzotik ateratako argudio teologiko eta sistematikoengatik. Horregatik guztiagatik, hauxe esaten da⁵, definizioak “jokabide sexual” bat materialki egiaztatzea eskatzen du eta jokabide horrek asmo haragikoi eta likitsa asetzeko edo, behar bada pizteko balio du.

Horrela, alderdi teorikoari dagokionez behintzat, konpondua geratuko litzateke, eta badirudi sen onak berak ere (arau penalak interpretatzeko baliagarria izan beharko lukeena) horrelako konponbideak eskatzen dituela. Izan ere, jarri ditugun adibideak irakurtzearekin bakarrik, jokabide horiek sexu askatasunaren kontrako delituztat zigortzea gehiegizkoa izango litzateke (lehenengo kasuan, agian, koakzio delitu baten aurrean geundeke ekintzaren inguruko eta larritasunaren arabera). Arazoa hauxe da: praktikan, 178. artikuluko jokabideari buruz dakarren bezalako indeterminazioak jardunbide penalak ekar ditzake deliturako dinamika anitzaren ondorioz. Horrek arriskuan jartzen du arau penaletan zuzendu beharreko gutxieneko eskuhartzearen printzipioa, eta edozein modutan ere, Jurisprudentziaren zeregin mugatzailearen beharra eskatuko du.

Oinarritzko eraso sexualen *subjektu aktiboa eta pasiboa* edozein izan daiteke, emakumea edo gizasemea, beti ere, honako ideia nagusi honen arabera: babesten duen ondasun juridikoa sexu askatasuna, eta jokabidea, eta haren kontrako erasoak dira. Hori dela eta, doktrina eta jurisprudentzia, sententzia askoren bidez (berrietakoak, 1992ko irailaren 23koa, edo 1994 martxoaren 29koa) zehaztu egin dute duintasun edo nahaskeria handia edo txikia izateak, edo biktimaren ohitura sexualak, ez dutela garrantzirik. Izan ere, gai horren ingurukoak eraso sexualak edo prostituten biolazioak direla eta planteatu ziren.

178. artikuluan tipo penal hau zehazten duen elementua, eta 180. artikuluan ezartzen den sexu erasotik bereizten duena, *indarkeria edo beldurraraztea* da.

5. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 876 orr.

Kodeak, 429. artikulua zaharrak aipatzen zuen “indarra” kontzeptua “indarkeria” hitzarekin ordeztu duela aipatu behar da. Izan ere, oraingoan biktimaren gorputzean egindako *vis fisikotzat* hartuko da.

Bestetik alde batetik, indarraren kontzeptua biktimaren erresistentziari lotuta dagoela esan ohi da (bortxatzea erresistentzia gainditzean gertatzen da eta), eta orain, *indarkeria* terminoaren bidez, aski izango da subjektu pasiboaren borondatea azpiratzeko nahikoa indarkeria gertatu zela adieraztearekin⁶. Nolanahi ere, abiapuntuak subjektu pasiboaren baimenik eza izan beharko du beti, eta horren bidez, eta prozesuaren jardunean, erresistentziari buruzko gaia behin eta berriro agertuko da baimenik eza ziurtatzeko modu gisa.

Edozein modutan ere, puntu honetan jurisprudentziak bilakabide nabarmena izan duela oroitari beharra dago, eta horrela, 1995eko maiatzaren 16an jurisprudentzia aldaketa horri buruz Auzitegi Gorenak emandako sententzia aipa genezake: “Bortxaketan benetan interesgarria dena, ikuspuntu jurudikotik, honakoei buruz jakitea da: bortxatzailearen erabaki sendoaz eta, eraso fisiko edo moralean erabili dituen baliabidez. Subjektu pasiboak agertzen duen erresistentziari dagokionez, gaur egun baztertu egin da lehengo legeriaren erresistentzia hura erabakiorra eta ia heroi-koa izatea, nahikoa da erresistentzia serioa izatea, geroago zentzuzkotzat definitu arren. Jarrera babeslearen ezaugarriak alde batera utzi dira, eraginikortasun juridikorik gabe, bizia bera ere arriskutan jar dezakete eta.”

Beldurraraztea, aldiz, *vis psycuicaren* edozein modu erabiltzea da. Horrek, subjektu pasiboa agentearen nahien aurrean amore ematera behartzen du: “kalte hurbil eta larria iragarri edo ohartaraztean, zuzena eta oinarritua, irainduaren babeserako baliabideak ezabatzeko gai dena, haren nahimen gaitasuna benetan eta nabarmenki nahastean” (1994ko martxoaren 25eko AGren sententzia).

b) Haragizko barneratzeagatik edo antzeko jokabideagatik kualifikatutako tipoa

179. artikulua sei urtetik hamabi urterako zigorra ezartzen du eraso sexuala, *haragizko barneratzea*, *objektuak sartzeta edo ahotiko edo uzkitiko koitua izatean*.

Manu honek 429. artikulua zaharrean bortxaketari buruz agertzen ziren ohiko delituzko jokabideak hartzen ditu, eta, era berean, 430. artikuluan objektuak sartzegatik larriagotutako eraso sexualeri buruzko jokabideak.

Bortxaketa delitua, 1989ko berrikuntzaz geroztik, beste pertsona batengana-ko haragizko barneratzea zen, *barneratze* terminoak bai imaginatik, bai uzkitik edo ahotik, eta gizasemearen organo sexuala egotea eskatzen zuen, nahiz eta organo hori nahitanahiez delituaren subjektu aktiboaren egilearen organoa ez izan. Horrela, *delituaren subjektu aktiboa* gizonezkoa zein emakumezkoa izatea onartzen zen (ema-

6. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 878. orr.

kume batek, adin txikiko edo burua joana duen norbait maginatiko edo uzkitiko koitoa izatera behartzean pentsatzen zen)⁷.

179. artikuluaoren oraingo testuak, haragizko barneratzea eta ahotiko edo uzkitiko sartzeari bereizten ditu. Bereizte hori dela eta, autorearen batek⁸ Kode berriak emakumea delituaren subjektu aktiboa izatetik baztertu duela adierazi du, objektuak sartzeari dagokionez izan ezik. Ematen den azalpena hauxe da: Testu legalak haragizko barneratzearen eta ahotiko edo uzkitiko sartzeari artean desberdintzen duenenean, eta batez ere sartzeari esaten duenean, gizonezkoei buruz bakarrik pentsatzen ari da, “sartzeko” gaitasun fisiologikoa beharrezkoa da eta. Eta ustezko kasu hauetan subjektu aktiboan bakarrik pentsatzen bada ere, autore hauen arabera, ez luke zentzurik izango murrizketa honi haragizko barneratzerako eustea.

Guri dagokigunez, oster, ezinezkoa zaigu murrizketa hori ulertzea. Eta bestalde, “haragizko barneratzea” eta ez “baginatiko sartzeari” terminoa erabiltzeak, jokabide hobendatuaren eta subjektu aktiboaren interpretazioa zabala ekar dezakeela pentsarazten digu. Horren ondorioz ez dugu arrazoirik ikusten bortxaketa delituak puntu horretan ekarri duen doktrina zalantzan jartzeko. Gure ustez, praktikotasunari eutsiz, ezin da ontzat eman emakumea subjektu aktiboa deneko jokabideak urriagoak direla esatea. Eta eraso horiek gertatzean ez dirudi arrazoizkoa denik, nahiz eta bakanak izan, eraso sexualaren oinarriko tipoaz zigortzea, nabarmenki txikiagoa den penaltate batez.

Tipo kualifikatua ezartzen diren *jokabideei* dagokienez, tipoak lehenengo eta behin, *haragizko barneratzeari* buruz hitz egiten du. Termino hori maginako koito heterosexualtzat hartu beharra dago. Jurisprudentziari dagokionez, jokabide tipikoa kontsumatutzat jo dadin, gizonezkoaren eta emakumezkoaren arteko kontaktua norainokoa izan behar duen zehaztu behar da. Alde batetik, *coniunctio membrorum*arekin nahiko dela adierazi izan da. Izan ere, jokabide horrek gizasemearen organo genitala eta maginaren arteko kontaktu zuzena eskatzen du. Eta beste alde batetik, beste sententzia batzuetan, emakumearen maginean gutxieneko sartzeari eskatu izan da.

Eman diren sententzien artean 1995eko ekainaren 15ekoa eredutzat har genezake, Auzitegi Gorenaren tesi egungoenak laburbiltzen ditu eta: “Oraindik ere iritzi kontrajarriak ekar ditzakeen testuinguru batean bortxaketa kontsumatutzat joko da kanpoko organo genitalari dagokien atariko koitoa izeneko kasuetan. Honek, emakumearen barrunbe genitalean egiten den edozein sartzeari delitua dela adierazi nahi du, majus eta minus ezpainek maginarekin batera unitate bakarra osatzen dute eta.” Era berean, 1995eko ekainaren 20ko sententziak hauxe dio: “himenak mugatzen duen atari alde igaro ez arren, emakumearen sexu askatasunaren kontrako eraso da ondorio guztietarako... eta edozein kasutan ere, kaltea eragin edo iraindu egiten du emakumearen ukiezintasun sexuala eta intimitatea.”

7. Halaxe adierazten du MUÑOZ CONDEK berak idatzitako *Manual de Derecho Penalean*. Atal berezia. 10. argitarapena. 419. or. BAJO FERNANDEZek *Derecho Penalean*, aldiz, ez du horrelakorik egiten. Atal berezia. 1995. 203. or. Subjektu pasiboa gizasemea denean, bortxaketa ez den, eta pareko larritasuna duen beste pretzeptu bat sortzearen alde agertzen da .

8. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 879. or.

Tipo kualifikatua ezartzen diren beste jokabideei dagokienez, *ahotiko edo uzkitiko barneratzeari* dagokionez, lehentxoago esan dugunez jokabide horretarako beharrezkotzat jotzen da subjektu aktiboaren gaitasun fisiologikoa. Horrek subjektua beti gizonezkoa izango dela suposatzen garamatza. Horrela, cunnilingusa bezalako jokabideak, egilea gizonezkoa edo emakumezkoa izanik, edo fellatioa subjektu aktiboa emakumea izatean, tipo kualifikatutik kanpokoa da, eta eraso sexualaren oinarritzko tipoaz zigortzen da. Aipatu ditugun jokabideak ahotiko barneratzeko ezarritakoekin alderatuz gero, esaterako, ez dago izaera horretako zigorrerarako alde hori justifikatzen duen arrazoia ulertzerik (kontuan hartu oinarritzko tipoak batetik lau urtera arteko zigorra duela, eta kualifikatuak, berriz, seitik hamabira artekoa).

Azkenik, *objektuak sartzeari* dagokionez, terminoaren adiera zabala denez, kontuan hartuko dugu maginatik, uzkitik edo ahotik zakila ez den edozein gauza edo objektu sartzeari, subjektu pasiboaren (gizonezkoa zein emakumezkoa) sexu askatasunaren kontrako eraso izatean. Edozein modutan ere, normalean eszitazio sexualerako, edo nolabait zakila ordeztzen duten objektuak izango dira⁹.

Jokabide hauen artean ahotik objektuak sartzeari interpretazio arazoak dakartzatza. Izan ere, autore batzuentzat (Orts) objektuak aipatutako bideetatik sartzeari jokabide tipikotzat hartu behar da, baldin eta asmo haragikoi eta likitsa badago. Beste autore batzuentzat (Morales Prats) tresna sartzeari batera ekintzari sexu erasoaren dimentsioa objektiboki erasten dioten jokabideak egon behar dira.

Azken autore horiek, biktimak objektu bat xurgatzen duen bitartean masturbatzera behartua izaten deneko adibidea jartzen dute. Egoera honetan aipatutako jokabideak tipo kualifikatua beteko luke. Kontrako adibidetzat, helburua beldurraztea izanik eta eraso sexualaren testuinguruan errebolbera edo arma zuria ahoan sartzeari aipatzen da. Kasu hori ez dator bat 179. artikuluaen tipo kualifikatuarekin.

c) 180. artikuluariko dagozkion larriagotutako figurak

Aginduak larriagotze figura batzuk ditu, berauek 178. artikuluaen oinarritzko tipoan zein 179. artikuluaen tipo kualifikatua ezartzen dira. Aipatzen diren zigorrak hauexek dira: lau urtetik hamarrera 178. artikuluko erasoentzat, eta hamabitik hamabost urtera 179. artikulukoentzat. Egoerak hauexek dira:

– *Eragindako indarkeriak edo beldurrarazteak aparteko izaera degradatzaile eta iraingarria izatean.* Lehenengo eta behin, hauxe argitu behar da: eraso sexualak dakarren izaera degradatzaile edo iraingarria indarkeriazko edo beldurrarazteko inguruari buruzkoa da, ez eraso sexualari berari buruzkoa. Azken hau, izan ere, biktimarentzat degradatzailea eta iraingarria da. Arrazoi horrexengatik, zaila da larriagotze horren edukia jakitea. Jurisprudentiaren betebeharra izango da eragindako indarkeriari “izaera bereziki degradatzailea” den horri eduki zehatza ematea, azaletik behintzat ez baitago ondo zehaztua. Hemen Bajo Fernandezek iritzia argigarria izan

9. BAJO FERNANDEZ. Op. Cit. 221. or.

daiteke. Autore horrek 430. artikuluko zaharraren bigarren paragrafoa aipatzen du (bide, modu edo tresna zakarrak, degradatzaileak edo iraingarriak), eta beronen iritziz legegileak jarduera sadomasokista jakin batzuk zuritu nahi zituen, delituari larriagotasuna kenduz.

– *Ekintzak, taldean jokatzu, hiru lagun edo gehiagoren artean egitean*. Kode Penal berria indarrean sartu baino lehen, jurisprudentziari dagokionez, partaide ugariko kasuetan, haietariko bakoitza bere eraso sexualaren egiletzat eta besteen erasoen partaidekidetzat zigortu behar zen. Bestalde, testu berriaren arabera, eta larriagotze egoera hau dela eta, hobendunaren onerako, partaideetariko bakoitza eraso delitu bakar baten erruduntzat zigortuko da.

Hala ere, egoera honek praktikan koherentzia gutxiko egoera planteatzen du gaitzesgarria bihurtuz: bi subjektu aktiboen kasuan (ez hiru, egoera honek dioenez) goian aipatutako doktrina ezarriko da. Hau da, bakoitza bere erasoaren erantzulea izango da egile gisa, eta bestearna partaide gisa. Subjektu aktiboak hiru badira, ostera, haietariko bakoitzak 180,3. artikuluko honek larriagotutako delitu baten egile gisa erantzungo du. Berdintasun printzipioaren ikuspuntutik argi dago onartezina dena.

– *Adinagatik, gaixotasunagatik edo egoeragatik pertsona bereziki zaurgarria* izatean. Egoera honek zigortu egiten ditu biktimak erasotzailearengandik babesteko dituen bideak nabarmenki urriak izatea (zaurgarritasuna). Esan behar da, lehenengo, beharrezkotzat jotzen dela subjektu aktiboak zaurgarritasun egoera berezi horren jakitun egotea eta horretaz baliatzea.

Eta bigarrenez, agindu honetan aurkitzen dugun zehaztasunik eza handia dela aipatu behar da. Kontuan hartu behar dugu Kodeak ez diola subjektu pasiboaren adinari mugarik jartzen, ez adin txikiko neska kasuan, ez zaharra izatearen kasuan. Hori dela eta, epaile bakoitzak halaberrez eta egokiro azaldu beharko du zergatik uste duen horrek biktimaren zaurgarritasunari eragiten diola. Gauza bera gertatzen da gaixotasun fisiko edo psikikoarekin, erasotuak duen babesa txikiagoa izango baita, egoera hau areagoturik agertzen da “egoeragatikoa” izenekoa. Termino horrek, ez du bat ere zehaztasunik, eta jurisprudentziak lehenbailehen eduki zehatzez betetzea nahi izango genuke.

Esan beharrik ez dago, geure iritziz zabaltasunik eta zehaztasunik ez izatea ez dela egokia larriagotze kausa batean (kausa horrek berez interpretazio murriztailea beharko luke), eta epaitegi eta auzitegietan ebazpen “anitzak” ekarriko dituela uste dugu.

– *Naturazko, adopziozko edo biktimarekiko ahaidetasunezko harremanetan, aurrekoek, ondorengoek edo neba-arrebek duten nagusitasunaz baliatuz, delitua egitean*. Baliatzea da larriagotasun honen azpian dagoen ideia, izan ere, elkarbizitzaren bidez biktimaren askatasunean aldaketak ekar ditzaketen harremanak sortzen dira. Baina, aginduaren helburua arrazoizkoa izanik, ez da tipoak eskatzen duen indarkeriazko edo beldurrarazteko jokabidearekin oso bateragarria.

Beste alde batetik, deigarria da arautzea hain zabala izatea, Kodeak ahaide zerrenda luzea aipatzen baitu (kidetasunezko ahaidetasuna ere tartean sartuz). Eta gerta daiteke beroriekin elkarbizitza harremanik ez egotea, ezta ezelango harremanik ere. Hori dela eta, Kodeak ahaidetasunaren izaera bera ere zigortzen duela uste dugu.

Iritzi horrek, legegilea aurriritzi etiko moralak alde batera uzteko gaitasunik eza ekarri du. Eta tipo larriagotu bat sortu da egilearen erru handiagoan oinarrituz eta ez ekintzaren erru handiagoan oinarrituz¹⁰.

Baina gainera, ezin uler dezakegu zein izan daitekeen 180.4. artikulua eta egoera hori 182. artikulua baino ahaideen zerrenda luzeagoa izateko arrazoia. Lehenengo agindua bertan aipatutako ahaide batek eraso sexuala egiteari buruzkoa da, hau da, indarkeria edo beldurrarraziz. Bigarren artikulua, berriz, sexu abusuaren eremukoa da, alegia, ez indarkeriarik ez beldurrarazterik, baina ezta onespenik ere, ez dagoen egoeretakoa. Horrelakoetan baliatzeari buruzko ideiak, ahaideez ari garela, logikari eutsiz esangura handiagoa du. Kodeak, bigarren kasu honetan ahaideen zerrenda mugatzea erabaki du, kidetasunezkoa baztertuz. Nolanahi ere, ezin uler daiteke salbuespen hori egiteko arrazoia.

Egileak, heriotza edo 149. eta 150. artikuluetan ezarritako lesioak ekar ditzaketen bide arriskutsuak erabil ditzanean. Egoera honen bidez, eraso sexualen arriskuan plusa dakartzan bideak erabiltzea zigortu nahi da. Ez da beharrezkoa bizia edo osotasun fisikoa arriskuan jartzea, nahiko da *ondorio horietarako bideak erabiltzea*. Aipatutako ondorioak hauexek dira: heriotza, organo edo gorputzatal nagusi bat edo zentzumen bat edo beroriek erabiltzeko gaitasuna galtzea, antzutasuna, itxuragabetasun handia edo gaixotasun somatikoa edo psikikoa (149. artikulua), edo nagusia ez den organo edo gorputzatal bat edo beroriek erabiltzeko gaitasuna galtzea, edo itxura aldatzea (150. artikulua).

Arriskuaz gainera, heriotza edo lesioak bezalako ondorio zehatzak gertatuz gero, ikuspegi juridikotik konpontzeko zailak diren arazoak azaltzen dira. Izan ere, ezta baidatzen dena hauxe da: baliabide horiek eraso sexuali buruzko delitua larriagotzeko edo biziaren kontrako delitua edo lesioei dagokiena, egokiro kalifikatzeko erabilera baloratu daitekeen ala ez. Horrek egoera birritan kontuan hartzea ekarriko luke (*nos bis in idem* printzipioaren kontra joanez). Puntu honetan ere, egoera argituko duen jurisprudentziazko erabaki bat egon arte itxaron behar dugu.

180. artikulua azken paragrafoak *superlarriagotze klausula* ezartzen du aipatutako bi egoerak edo gehiago egotean. Kasu horretan zigorra erdi altuenean ezarriko litzateke. Azpimarratu behar dugu bakarrik, kritikagarria dela 179. artikuluko erasoei dagokien ustezko kasuetan zigorra hamahiru urtetik hamabostera bitartekoa izatea, horrekin giza hilketaren kasuan ezartzen den gutxieneko muga gainditzen da eta¹¹.

2. SEXU ABUSUAK

Jokabide horiek Kodearen 181., 182. eta 183. artikuluetan aldeztuak diren ikuspegiak dira. Ezartzen den eskema eraso sexuali buruzkoaren antzekoa da eta oinarritzeko tipo bat arautzen du. Bertan zehazten direnak hauexek dira: jokabidea (indarkeria,

10. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 877. or.

11. OCTAVIO DE TOLEDO, "Agresión, abuso..." artikuluan. *Actualidad Penal*. 32. zk. Hala politika penalaren ikuspegitik nola politika kriminalaren ikuspegitik, aukera horri onaririk gabeta deritzo.

beldurrarazte edo onespenik eza da bere ezaugarria) eta eginiko jokabideak zehazten dituen tipo jakin batzuk, subjektu pasiboen ezaugarriak, edo zenbait egoera batera agertzea. Gorago esan dugunez, Kodea honela agertzen da, duen egitura berriaren arabera eta sexu delituen bi talde nagusietan antolatua, baina era berean ikusiko dugu antolatze horrek kritika ugari sortarazi dituela.

a) Oinarrizko tipoa

181,1. artikulua, indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe eta onespenik gabe, beste pertsona baten kontra *sexu askatasunaren aurkako ekintzak egiten dituenaren jokabidea* arautzen du. Horren ostean, bigarren paragrafoan, legegileak ustezko egoera bi aipatzen ditu legearen arabera ekintza sexuala ez onetsizat jotzekohamabi urtetik beherako neskena edo senik gabeko pertsonena). Eta bie zigor desberdina ematen die, eta engainuzko abusu sexualaren kasua 183. artikuluan berariaz ezarrita dago. Oinarrizko tipo honen edukia eskusio bidez egin behar da.

Egia esan, zaila da eredu horri erantzuten dioten egoerak aurkitzea. Ustezko kasu hau besterik ez zaigu bururatzten: *ustekabea* eta toki publiko batean jende ugari dagoelarik, egoeraz baliatuz biktimari genitaletan, eta asmo haragikoiez, ukitzeren bat egitean. Egoera honen aurrean zalantza bat azaldu zaigu, ez dakigu horrelako jokabideei delituei bezala, erantzun penala eman behar ote zaien, eta horrela hutsen eremuan barruan sartu.

Era berean, geure buruari galdetzen diogu zenbaitetan hain egoera arinak izanik merezi ote duen mekanismo judiziala martxan jartzea, eta era berean, eta horrek biktimari ekarriko dizkion eragozpen amaigabeak. Hori dela eta, arautze honetan agindu lar izateak (eta horrela oinarrizko tipo hauek sortzeak) ez dirudi oso egokia denik.

Kodeak, ondoren, ex lege, ez onetsitakotzat jotzen dituen abusu sexualak aipatzen ditu. Beroriek honako hauei eragindakoak izango dira:

– *hamabi urtetik beherako adin txikikoei*. Onespenik ezari buruzko legezko presuntzioa agertzen da, adin txikikoaren jokabidea zein den kontuan hartu gabe, hau da, adin txikikoak ukitze sexuala eragin badu ere. Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia finkatuaren arabera, adina zenbatzeko irizpidea biologikoa da eta biktimaren heldutasunaren inguruko gorabeherek ez dute garrantzirik izango (1992ko otsailaren 7ko sententzia, besteak beste).

– *senik gabeko pertsoneri edo euren arazo mentalaz abusatuz*. 1985eko abenduaren 20ko sententziaren arabera, sena galtzeari buruzko ustezko kasuak hauexek dira: konortea galdu duen emakumea, baina ez zorabiatu dena bakarrik, baita hipnotizatuta, anestesiatuta, narkotizatuta eta sorgokariaren eraginpean nortasuna galdurik, edo hordirik dagoenarena ere. Gure iritziz loak harturik dagoen emakumearen ustezko kasuari ere ezar dakioke. Hala ere, AGk 1986ko uztaiaren 15eko sententzian, bortxaketa deliturako gaitzetsi zuen. Baina gure ustez kasu horretan sexu abusua oinarrizko jokabidean ezarri daiteke. Era berean, 1992ko azaroaren 22ko sententzia ere azpimarratu behar da. Beronen arabera ez da beharrezkotzat jotzen delituaren subjektu aktiboa sena galtzea eragin duena izatea, nahikoa izango da egoera horretaz baliatzearekin.

Arazo mentalaz abusatzeari dagokionez, honakoa, biktimaren nahaste psikikoak sortzen duen egoeraz baliatzeari buruzkoa da. Nahaste psikiko horren ondorioz, biktima ez da ekintzaren garrantzia eta esanahia ulertzeko gauza. Jurisprudentziak puntu honetan nahaste mentaleko egoera izatearekin nahikoa ez dela zehaztu du, egoeraz “abusatu” egin behar da (1994ko otsailaren 24ko sententzia, besteak beste).

Beste ikuspegi batetik, 1992ko abenduaren 10eko sententziak agerian uzten duen arazo bat, alegia, sexualitatearen eremuan *kordegabeko pertsonen autode-terminaziorako gaitasunaz*. Sententziaren esanetan, “legegileak gaitzesgarriak diren muturreko bi egoeren arteko oreka aurkitu nahi du: batetik, kordegabeko norbaitek egozgarritasun normala dutenekin sexu harremanak edukitzeko aukerarik ez izatea, hala gertatuz gero delitua egongo litzateke eta; bestetik, edozein pertsona normaltasun psikiko ezazko egoera horretaz baliatu ahal izatea, jokabide horrengatik inolako zigorrik hartu gabe. Izan ere, erraz ahaztu daiteke gabetasun hori dutenek merezi duten babesa. Babes horrek, gaixo hauen askatasun eremu mugatua egikaritzea ahalbidetzen du, duten patologiaren barruan euren nortasuna errespetatuz”.

b) Nagusitasun egoeraz baliatuz eginiko sexu abusua

KPren 181,3. artikulua ustezko egoera batzuk aipatzen ditu, berauetan *errududuna, duen nagusitasun nabarmenez baliatzen da biktimaren askatasuna mugatzeko eta azkenean haren onospena lortzeko*.

Tipo penal honetan, Kode zaharrak 434. artikuluan nagusitasun egoerazko estuproztat jotzen zituen jokabideak daude. Oinarrian onespene baten bidez mesede sexualak lortzean datza, hau da, nagusitasun egoera batek eraginda. Nagusitasun hori ekar dezaketen egoerak ugariak izan daitezke, senitartekoa edo elkarbizitazkoa (93-3-8ko AGS), ekonomi menpekotasuneko (93-2-8ko S), edo adinari dagokionez subjektu aktiboa eta biktimaren arteko aldea nabarmena denekoa (90-1-24ko S).

Oraintsuko jurisprudentzia aipatu den arren, azpimarratzekoa da hura guztia, lehengo Kodeak zekarren nagusitasun egoerazko estuproari buruzkoa zela. Kodeak nagusitasun baldintzari buruzko aipamen luzea ematen zuen, baina gaur egun testu penalak nagusitasun egoera hori “nabarmena” izatea eskatzen du, hori dela eta, beharbada tipoaren barruan dauden jokabideak mugaturik ikusiko ditugu.

Agindu honi egin ahal zaion *kritikarik* argiena 181. artikuluan ezartzen diren gainontzeko jokabideen aldean, nagusikeriazko jokabidea *kontsiderazio pribilegiatutzat* jotzea izan da. Gorago esan dugunez, agindu honetan indarkeriarik gabe eta beldurrarazi gabe, baina onespene gabe, sexu askatasunaren kontrako ustezko erasoak arautzen dira. Horrela, oinarritzko jokabideari, “ezustean” eginiko sexu abusuetarako zen hari, hamabitik hogeitalau hilabetera bitarteko zigorra ezartzen zaio. Harritzekoa da Kodeak, hirugarren paragrafoan, nagusitasun egoeraz baliatuz eginiko abusu sexualak arautzea eta zigor txikia ematea: seitik hamabi hilabetera bitarteko zigorra. Inongo zalantzarik gabe azken jokabide horrek erantzun penala handiagoa merezi izango luke, eta horrexegatik ez da tratamendu hori prilibegiatutzat jotzen.

Eta are gutxiago ulertzen da, alde batetik Kodeak nagusitasunezko abusuari buruz egiten duen erabilera, eta bestetik iruzurrezko edo engainuzko abusua (183. art) kontuan hartuz gero. Bi modalitateok sexu askatasunaren kontrako larriagotasun txikiagoko jokabideetan gerta daitezke: esaterako, haragizko barneratzea, objektuak sartzea... Orduan, lehenengo kasuan, hau da, sexu askatasunaren kontrako kasuetan, berauek larritasun txikikoak badira, Kodeak *iruzurrezko abusuari zigor handiagoa ematen dio* (183. art.). Bestalde, haragizko barneratzeko jokabide larrietan, nagusitasunezko abusuari ematen dion ustezko zigorra handiagoa da (182. art.). Ez dakigu, ordea, bereizketa hori egiteko arrazoiak.

c) Haragizko barneratzeak edo antzeko jokabideak kualifikatutako tipoa

Hemen sexu abusuei buruzko jokabideak arautzen dira, bai oinarrizko tipoan zehaztutakoak (indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe eginikoak baina onespenik gabekoak), baina tipoak sexu ekintza egiaztatutaz jotzen dituenak, hau da, ekintza hori *haragizko barneratzea edo ahotiko edo uzkitiko sartzea* izateagatik. Kontuan hartu beharrekoak dira era berean, sexu ekintza mota horiei buruz egin diren hausnarketak.

Oraingoan, berriz ere, tipo penal horren *hondar-edukiari* buruzko gaia dugu mahai gainean. Izan ere, egitura berri horrek, edo Kodeak sexu delituetan sartzen duen ordena berriak sortu du tipo penal hori. Lehentxoago esan dugunez, zaila zen ez onetsitako sexu askatasunaren kontrako erasoetan pentsatzea berorietan indarkeriarik edo beldurrarazterik ez bazegoen. Hori dela eta, ezusteko erasoei buruzko kasuetara mugatu zen. Guztiarekin ere, are zailagoa egingo zaigu horrelako jokabide sexuala burutik igarotzea, sexu jokabidea haragizko barneratzea, objektuak sartzea, edo ahotiko edo uzkitiko barneratzea denean.

Ekintzaren ezaugarri berengatik baztertu beharra dago, neure iritziz behintzat, horrelako jokabideak ezustean gertatu ahal izatea. Arrazoi horrengatik eduki mugatuarekin topo egiten dugu. Autoreren batek¹² honako kasuan ezargarri ikusten du: eragozpen fisiko batengatik (paraplegia, esaterako) biktimak mugitzerik ez duenean eta beronek onespenik eman gabe norbaitek haragizko barneratzea egitean; baina, indarkeria erabili edo beldurrarazi gabe, izan ere, biktimaren minusbaliotasuna dela-eta ez dira beharrezkoak berorren erresistentziarik eza gainditzeko.

Bestalde, tipo penalak, penari dagokionez onespenik gabeko ustezko kasuak bereizten ditu, berauetan adierazitako kasuez gainera, *ope legis* onespenik gabekoak kontuan hartu beharko liriateke (hamabi urtetik beherako edo kordegabeko pertsona edo arazo mentalaz abusatuz, *nagusitasunezko abusuari* loturiko ustezko kasu horietatik, gorago, 181,3. artikuluari buruz hitz egitean, aipatu dugu.

Kodearen 182. artikulua bigarren paragrafoan *larriagotutako figura* bi agertzen dira:

12. MORALES PRATS. Op. Cit. 895. or.

- Naturazko, adopziozko edo biktimarekiko ahaidetasuneko harremanetan, aurrekoek, ondorengoek edo neba-arrebek duten nagusitasunaz baliatuz, delitua egitean.
- Adinagatik, gaixotasunagatik edo egoeragatik pertsona bereziki zaurgarria izatean.

182. artikulua atal honetan zenbait zalantza agertzen zaigu. Lehenengo zalantzak *izaera sistematikoa* du. Izan ere, zaila da, abusu sexualak haragizko barneratzea edo objektuak sartzea direnean, legegilea larriagotasun horiek mantentzera behartu duten arrazoiak zeintzuk izan diren ulertzea. Eta beste alde batetik, sexu abuzuko jokabide arinagoak izatean ez ditu larriagotasun hauek kontuan hartzen. Azpimarratu ere, artikulua honetan ideia hori azpimarratu egin dugu Kodeak sistematika antolatua duela esatean. Sistematika horrek tipo bortxatuak edo hondarrekoak edukitzea dakar. Hala eta guztiz ere, jokabide larriagotu horietan azaleko arrazoirik gabe, sistema hori errespetatzeari utzi dio. Eta horrek koherentzia faltaren itxura ematen du.

Modu larriagotuak irakurtzeak dakarren beste irakurketa bat praktikan beroriek ezartzeko modua da, aurreikusitakotzat jo daitezkeen egoerak agertzen dituzte eta. Testu penalak, ahaidetasuna dela eta, larriagotzeari buruzkoa denean, jokabide jakin batzuk aipatzen ditu. Jokabide horiek Jurisprudentziak sarritan nagusitasuneko sexu abusuen eratzailatzat hartu izan ditu nagusitasun harremanetat baino. Jokabide hori 182. artikulua lehenengo paragrafoan berariaz ezartzen da. Hau da, aita-alaben arteko haragizko barneratzea moduko sexu abusuren bat gertatuz gero, nagusitasuneko abusu baten aurrean gaude. Jokabide horri dagokion zigorra 182,1. artikulua ezartzen duena da, baina hurrengo paragrafoa kontuan hartuz gero kasu horretan zigorra erdi altuenean ezarriko litzateke. Hori kontuan harturik, zenbait autore, nagusitasuneko harreman hutsetik kanpo, ahaidetasunak berariaz larriagotzea dakarrela esatera iritsi dira. Horretarako kontuan hartu izan diren arrazoiak ez dira izan tipo penal hauen guztien atzean dagoen ondasun juridikoa babestekoak, sexu askatasuna, alegia, orain honetan elementu berri bat agertzen da “famiario sexu moralari buruzko ordena”ren babesa¹³.

Gauza bera gertatzen da, esate baterako, adinagatik bereziki zaurgarria den pertsonen kasuan. Jurisprudentziak nagusitasuneko abusutzat jotzen izan du (eta beraz, lehenengo paragrafoan sar daiteke, zigor txikiagoa ezarri), eta orain, berriz, berariazko larriagotasun hau ezarri beharko da.

Honekin guztiarekin, hauxe azpimarratu nahi dugu: zuzenbidea ezartzen dutenek eguneroko jardunean tipo penal hauekin topo egitean norabidea gal dezakete. Eta horri guztiari buruzko irizpide argiak finkatzeko beharrezko izango da denbora hartuko duen interpretazio lana.

d) Engainuzko abusu sexualari buruzko tipo penalak

Engainuz jokatuz, hamabi urtetik gorako eta hamaseititik beherako pertsona helduarekin sexu abusua egingo lukeenaren jokabidea arautzen du 183. artikulua.

13. Ildo horretatik BAJO FERNANDEZek bere *Manual de Derecho Penalean...*, 243. or. eta MUÑOZ CONDEK. 439. or.

Kontzeptu honek oinarrian kode zaharrak 435. eta 436. artikuluetan hartzen zuen iruzurrezko estupro tipoaren edukia eta egitura mantentzen du. Tradizioz, jurisprudentzia dela-eta engainua “ezkontzeko hitz emate faltsu”tzat hartzen zen (hala ikus daiteke 1992ko uztailaren 1eko sententzian). Hala eta guztiz ere, doktrinak engainu kontzeptua zabal kritikatu du. Eta hauxe adierazi du: adiera horren interpretazio murriztailea sexu harremanetan emakumearen betebeharren ideia konterbatzaile jakin batzuetan oinarritzen da.

Horrela, uler daiteke jurisprudentzia zaharrak (ez hain zaharra, ikusi dugunez) zeharka bada ere, ezkontza bortxatu nahi zuela, eta era berean, ezkontza legez kanpoko harreman heterosexualetarako aukera bakarra bihurtu¹⁴. Kode berria indarrean sartu aurretik hauxe esaten zen (Muñoz Condek): iruzurrezko estupro delituak eduki soziologikoa galdua zuen, eta hori dela-eta harritzekoa da arautze hori mantendu izana.

Beste modu batera esateko, helburua sexu askatasunaren ondasun juridikoa babestea bada (printzipioz VIII Tituluaren azpian dagoena) hamabi urtetik hamaseira bitarteko adinean, jokabideak bideratu ahal izango lirarteke nagusitasunezko abusuetako kasuen bitartez. Jokabide horiek, lehentxoago ikusi dugunez aurreko artikuluetan araututa daude. Baina hemen babesten dena, antza, sexu askatasuna baino, *helburuen iruzurra* da, bai aldez aurretik ezkontzeko hitza emateagatik, bai beste mota bateko egoera faltsuengatik.

Doktrina, jurisprudentzian eman zaizkion aginduarekin eta edukiarekin absolutuki eta nagusiki kritikoa izateaz gainera, tipo penal honetan sartu beharreko engainuaren kontzeptua zabaltzeko lan egin du. Batez ere, ezkontzeko hitz ematearen inguruan ideia moralizatzaileekin identifikatzerik egon ez dadin. Horrela, engainua subjektu aktiboak haragizko barneratzea lortzeko erabil dezakeen edozein iruzur-bide izango da; haragizko barneratze horrek subjektu pasiboaren borondate edo sedukzio akatsa kausalki zehaztu dezan (Muñoz Conde).

Beste ikuspegi batetik, *penologikotik*, jokabide hauei Kodean ematen zaien *tratumendu pribilegiatua* azpimarratu behar da. Hain zuzen ere, sexu abusu arinen kasuan, ezartzen den zigorra hamabi hilabetetik hogeitalaura bitartekoa da. Horrela, sexu abusuaren oinarritzko tipoari begiratzuz gero, 181,1. artikuluan, pena berbera dela ikusten dugu. Horrek, antza, ez du zentzu handirik, izan ere, 183. artikulua arautzen duen sexu abusuari beste elementu bat gehitu behar zaio, engainua alegia, eta kasu horretan erantzun penal handiagoa mereziko luke.

Tratu pribilegiatu hori deigarriagoa da tipo kualifikatuari dagokionez, hau da, abusua haragizko barneratzea, objektuak sartzea edo ahotiko edo uzkitiko sartzea izanez gero. Kasu horretan ezartzen den zigorra *sei hilabetetik hiru urtera* bitartekoa da, engainuzko sexu abusurako aurreikusitakoa baino askoz ere txikiagoa

14. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. 440. or. Ildo beretik Boix Reig-ek *El delito de estupro fraudulento Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univ. Complutense*. 1979. 22. or. Eta DIEZ RIPOLESek ere *El Derecho Penal ante el sexo* lanean. 2. or. Izan ere, bertan lehengo Kodearen joera moralizatzaile gehiegizkoa kritikatzan du.

(182,1. artikulua), izan ere, *lau urtetik hamar urtera* bitartekoa de eta. Kasu horretan kodearentzat engainuzko sexu abusua askoz ere arinagoa da, onespenik gabe gertatzen dena baino.

3. SEXU JAZARPENARI BURUZKO DELITUA

184. artikulua, *norbaitek lanean duen nagusitasunaz baliatuz, irakaskuntzakoa edo antzekoa, bere buruarentzat edo beste batentzat sexu izaerazko mesedeak eskatzeari buruzkoa da, horretarako, hitzez edo isilbidez, harreman horren eremuan biktimak izan ditzakeen bidezko aukerei kaltea eragitea iragarritz.*

Tipo penal hau agertzea gauza berria da, ez baitzen ez 1994ko aurreproiektuan ez proiektuan agertu. Horren ondorioz, autore batzuen iritziz Diputatuen Kongresura eramateko arrazoiak koiunturalak eta demagogikoak izan ziren legegintza politikoari buruzkoak baino gehiago (Octavio de Toledo, Fermin Morales)¹⁵. Jokabidea, kaltea eragingo dela iragarritz izaera sexualeko mesedeak eskatzean datza. Kode Penaleko 171,1. artikuluan ezartzen diren baldintzazko mehatxuaren tipoarekin antzekotasun handia du. Izan ere, kodean bertan, delitua ez diren kalteak baldintzazko mehatxuen tipo horrekin zigortzen dira. Arrazoi horrengatik aipatutako autoreen iritziz ez zen beharrezkoa jazarpen sexualeko kasuotarako tipo berezi bat sortzea.

Hala ere, legegileak kritika horiei entzungor egin diela kontuan izanik, baldintzazko mehatxuen delitu horri buruzko gauzarik harrigarriena, tipo pribilegiatutzat jotzea da; hau da, jazarpen sexualerako aurreikusitako zigorra, antzeko egitura eta esanahia izanik, txikiagoa da (horren ondorioz, lehenago aipatu dugunez, berriz ere zigorrak ezartzean koherentziarik eza agerian agertzen zaigu).

Delituaren elementuak honako hauek dira:

– *izaera sexualeko mesedeak norbere buruarentzat edo beste batentzat eskatzea*. Jokabidea mesede sexualak eskatzean datza, eta edozein jokabide sexualerako eskaritzat ulertu beharko da. Agertzen zaigun kontzeptua zehaztugabea da eta definizio arazoak sorrarazten ditu. Beste alde batetik, legeak ez du zehazten eskari hori egiteko modua, ezta bidea ere. Edozein modutan ere, seriotasunez eta zalantzari tarterik utzi gabe eginiko eskaria izango da (une batez pentsa bedi agindu honek frogan inguruan, eta zenbait jokabide kriminalizatzeari buruz ekar ditzakeen zenbait arazo, esaterako: gaizki-ulertzeen, edo konfidantzazko harremanetako keinu hutsen muga igarotzen ez denean).

Tipo penalak ez du sexu kontaktua egon izana eskatzen, hau da, subjektu aktiboak bere helburua lortu izana. Zigortzen dena *eskaria* da. Sexu kontaktua gertatuz gero, egoeraz baliatuz, nagusitasunez, eginiko sexu abusuzko delituaren aurrean egongo ginateke, 181,3. eta 182. artikuluen arabera. Biktimaren onarpena dagoenean, legez izan ditzakeen aukerak mehatxupearan ikustean, eta hori guztia lan-harremanetan nagusitasuna, irakaskuntzakoa edo antzekoa, dagoenean azaltzen da, argi dago biktimaren borondatea biziaria eta nagusitasun egoeraz baldintzatua izan dela.

15. Jazarpen sexualari buruzko tipo berezi bat sortzearen aldeko iritziak zeuden, *El acoso sexual como delito autónomo* lanean ikus daitekeenez, José Augusto DE VEGA RUIZ. Colex. 1991.

– subjektu aktiboarekiko *nagusitasunezko lan-harremana, irakaskuntzakoa edo antzekoa*. Legegileak horrela, eremu bi mugatzen ditu: lanaren eremua eta irakaskuntzaren eremua. Izan ere, horrelako egoeretan jazarpenak ugariagoak izan dira. Hala ere, egoeren zerrenda luzeagoa izan daiteke, hori dela eta, legegileak onartu egiten du antzeko besteren bat egotea. *Antzekotasun* hori, menpekotasun hierarkiko bati buruzkoa izango da, beti ere biktimak bere burua mehatxatua egon daitekeela uste izanez gero.

Beste ikuspegi batetik, mesede sexualak norberarentzat edo beste batentzat eska daitezkeela kontuan hartuz, aginduak aipatzen duen nagusitasun harremanak eragina izan dezake bai eskari egilearengan bai mesedeen helburu den pertsonarengan. (Beste batentzat mesedeak eskatzeak, bitartekariaren edo mesede hartzailearen erantzukizun penalari buruzko aukera zabala eskaintzen du, delituan bakoitzak izan duen ezagutzaren eta eskuhartzearen arabera).

– *norbaitek, hitzez edo isilbidez, euren harremanaren eremuan biktimak izan ditzakeen bidezko aukerei kalte eragitea iragartzea*. Burura datorkigun lehenengo oztopoa “*hitzez edo isilbidez iragartzea*” adierazpenaren zabaltasuna da, izan ere, isilbidezkoa zer den zehazteak arazoak ekarriko baititu jarduera judizialean.

Bigarren oztopoa “*bidezko aukerak*” adierazpenari buruzkoa da, hau da, tipoari dagokionez beharrezkoa da iragartzen den kalteak, laneko, irakaskuntzako edo antzeko harremanean, biktimak dituen bidezko aukerekin zerikusia izatea. Edozein modutan ere, aukera horiek zeintzuk diren zehaztu, eta era berean, bidezkoak diren frogatu beharko da. Beste modu batera esateko, objektibitasunezko parametroak dauden harreman eremuetan, irakaskuntzakoa esaterako, argi geratuko da aukera horiek zeintzuk diren (azterketa gainditzea edo emaitza jakin bat lortzea). Lan eremuan, ordea, langileen aukerak neurri handi batean nagusi hierarkikoen zuhurtziaren pean egon daitezke, eta orduan egoera ez da hain argia. Lanpostua mantentzeko aukeraren kasuan, adibidez, argia da, baina horrelako egoerak alde batera utzita ez da hain argi ikusten, subjektibitatea nagusitu daiteke eta (pentsatu aukera hori oinarririk gabekoa izatea subjektuak lanpostu horretarako izan beharreko merituzko edo gaitasunezko gutxieneko baldintzak ez betetzeagatik).

4. EXHIBIZIONISMO ETA PROBOKAZIO SEXUALARI BURUZKO DELITUAK

Sexu askatasunaren kontrako delituei buruzko Tituluaren IV Kapitulu honek, oinarriari 1988ko ekainaren 9ko Lege Organikoaren egitura eta ezaugarriak mantentzen ditu. Lege haren bidez eskandalu publikoari buruzko tipo zaharrak aldatu ziren. Izan ere, tipo zaharretan sexu moralak edo moral publikoaren babesa kontzeptua agertzen zen (pudorea eta ohitura onak bezalako kontzeptuak erabiliz), berriz, onartezintzat jotzen zen doktrina gehiengan¹⁶.

16. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. 446. or.

1988ko erreformaz geroztik, eta batez ere Kode berria arautu zenetik, argi dago, tipo penal hauetako *ondasun juridiko babestua*, Tituluaren beste ataletan bezala, *sexu askatasuna* dena. Ildo horretatik, Diez Ripollesek 1982an hauxe zioen: “zuzenbide penala elkarbizitzarako funtsezko hipotesiak babestera mugatuko da, eta horren ondorioz, jokabide sexuala gizarte instantzia koaktiboak eskuhar-tzen duen eremua da, batez ere askatasunaren kontrako erasoei dagozkien alderdietan”.

Exhibizio eta probokazio jokabideok zigorgarri bihurtzen dituen, autore honen arabera, honako hau da: subjektu pasiboa, beronen onarpenik gabe, sexu ekintza batean nahastu egiten dute, sexu testuinguru batean sartzen dute zeregin bat bete dezan aldez aurretik egoera hori onartu gabe¹⁷.

Kapituluan ezartzen diren *jokabideak* hauek dira:

a) 185. artikulua zigorra ezartzen du *adin txikiko edo ezinduen aurrean exhibizio lizuneko ekintzak egiten dituztenentzat edo beste batzuei eginarazten dizkietenentzat*. Kodeak dakarren berrikuntzarik nabarmenena hamasei urtetik gorako aurrean, berauen onespenerik gabe, eginiko exhibizioko jokabidea kentzea da. Aitzitik, subjektu pasiboen eremua zabaltzen du hamazortzi urtetik beherakoetara hedatuz (lehen hamasei urtetik beherakoetara mugaturik zegoen). Ezinduei buruzko aipamenari dagokionez, Kode honetako 25. artikuluan ezinduez zehazten dena kontuan hartu beharko da.

Tipoaren *elementu objektiboari* dagokionez, exhibizio lizuneko ekintzak egitea beharrezkotzat jotzen da, edo bestela, ekintza hauek beste bati eginaraztea. Jokabidea exhibizio lizuneko ekintza da, eta “lizun” adjektibo horrek ematen dio exhibizioari sexu konnotazioa. Eduki likitsa duten ekintzak dira, esaterako: genitalak erakustea edo masturbazio ekintzak. Ekintzok kualitatiboki larriak izan behar dute lizuntasunaren ezaugarria ager dadin¹⁸.

Tipoaren *elementu subjektiboari* dagokionez, beharrezkotzat jotzen da asmo edo joera lizuna egotea. Horretarako, subjektu aktiboa, bere exhibizioaren bidez subjektu pasiboa, sexu dinamika batean sartzen ahaleginduko da exhibizioaren ikusle izan dadin. Beraz, ez da zigorgarria izango, toki publikoetan edo hondartzan, adin txikikoen edo ezinduen aurrean nudismoa egiten duenaren jokabidea. Era berean, ez litzateke zigorgarria izango adin nagusiko emakume baten aurrean exhibizio lizuna egiten duenaren jokabidea, adin txikikoen edo ezinduek ikus dezaketela jakinda ere (beharrezkotzat jotzen da eurei zuzendutakoa izatea).

b) 186. artikulua, *edozein baliabide zuzen erabiliz, adin txikikoen edo ezinduen artean material pornografikoak zabaldu, saldu edo erakusten dituen zigortzen du*. Agindu honetan ere, subjektu pasiboaren adina hamazortzi urtera igo da.

17. DIEZ RIPOLLES, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Bartzelona. 1982. 144. eta 167. orr.

18. MORALES PRATS. Op. cit. 904. or. Hala ere, autoreren baten iritziz, MUÑOZ CONDEren iritziz esaterako, lizunkeriari buruzko aipamenak pudorea edo ohitura onen kontrako konnotazioak dakartzatza. Aipamen horiek, izan ere, 1988ko erreformaz baztertu nahi izan ziren.

Horren ondorioz, ekintza hauek helduei zuzenduz gero ez dute zigorrik hartuko. Ezinduei dagokienez, aipatutako Kodearen 25. artikuluan zehaztutakoa kontuan hartu beharko da.

Zigortzen diren *jokabideak* (salmenta, zabalkundea edo erakustea) zuzenean egin behar dira, horrek zenbait jokabide zigortzea dakar, esaterako pornografi argitalpenak publikoaren begi-bistan erakusten dituen kiosko-jabearen kasua. Horrela doktrinaren irizpide nagusiari erantzuten zaio, beste norbait sexu kontaktuan nahasteko joera eskatzeari dagokionez.

Díez Ripollések 1982an hauxe zioen: ez da nahikoa izango idazki pornografikoak, berauek zentzu materialean hartuta, biktimaren eskuetan jartzea, beharrezkoa da eduki sexuala argitzen duen azalpenen bat. Izan ere, horixe da biktima testuinguru sexualesan nahasteko bide bakarra. Beste autore batzuek antzeko adierazpenak egin izan dituzte. Berorien ustez, 185. artikulua *bidegabearen elementu subjektibotzat*, asmo likits edo haragikoia eskatzen du¹⁹. Probokazio sexualerako asmo hori egotea eskatzea dela eta, agindutik kanpo geratuko litzateke sexu heziketako eskola baten testuinguruan eduki sexuala duen material jakin bat erakustearen kasua.

Material pornografiko kontzeptua honela zehaz daiteke: sexu izaerako edozein irudi, idazkiz, objektuz, ikus-entzunezko baliabideez, pertsona heldugabeen edo sexu instintoak nolabait menperatzeko gai ez diren psikeari kaltea eragiteko gai dena²⁰. Definizio hau tipoaren konfigurazio berean oinarrituta dago, eta ikus daitekeenez, babestu nahi diren subjektu pasiboei eragin liezaiekeen lesioa aipatzen du. Definizio autonomoagoa eman nahi izan denean, zeregin latzagoa izan da.

Horrela, autoreren batek esan duenez²¹, honako kasu honetan material pornografikoaren aurrean egongo ginatke: obraren eduki orokorra nabarmenki likitsa eta haragikoia izatean, sexu instintoa pizteko edo beronen atseginerako; eta arte, literatura, zientzia edo pedagogi baliorik gabekoa izatean.

Era berean, irudia potentzialki iraingarria izatea eskatzen da, komunitateak sexu gaiak irudikatzen dituen estandar nagusietatik desbideratzeagatik. Azkenik, gizar-tean etengabeko bilakaeran dauden mota soziokulturalerako balorazioetara jotzen da, eta horrek pornografiako kontzeptu honi zehaztasunik eza dakarkio, hori dela-eta kasuan-kasuan zehaztu beharko da.

Azaldutako jokabide bi horiez gainera, beroriekiko lotura estua izan arren, azkenaldi honetan Internet-en bidez haur pornografia trukatzearen legezko egoera aztertu da, izan ere, jokabide hori ez da Kodean ezartzen. Arazoa telekomunikazio ikasketak egiten ari diren gazte biren inguruan sortu da. Berauek informatika sarearen bidez pornografia biltzen eta zabaltzen zuten. Jardunbide judizialak jarduerak artxibatu ditu instrukzio epaitegiko magistratuaren iritziz ez baita frogatu gazteek

19. DIEZ RIPOLLES. *Exhibicionismo...* 401. or. eta MORALES PRATS, Op. cit. 907. or.

20. MUÑOZ CONDE. Op. cit. 451. or.

21. VIVES ANTON. Atal berezia. 641. or. bertan Iparramerikako auzitegi federal gorenaren doktrina aipatzen da.

zuten materiala gazte edo ezinduei saltzeko zenik, ezta horrelakorik egin zutenik ere. (Irudi horiek egiteko adin txikikoak erabiltzea KPren 189. artikuluan zigortzen da).

Izatez, puntu honetan *hutsune legala* dago. Legegileak etorkizunean hutsune hori beteko duelakoan gaude, adin txikikoak babesteko eta berorien irudiak ezelango zigorrik gabe zabaldu ez daitezzen. Kazetaritzako informazioen arabera²², Justiziako Ministerioak proiektu bat prestatzen ari da haur pornografia edukitzeko jokabideak zigortzeko. Proiektu horrek hala saltzea edo trafikatztea, nola xede pertsonaletarako edukitzea kontuan izango lituzke.

5. PROSTITUZIOARI BURUZKO DELITUAK

Prostituzioari buruzko delituak Kode Penal Berriaren artikuluetan arauturik daude, 187. artikulutik 190.era hain zuzen. Era berean, azpimarragarria da gai honetan egin den eraberritze sakona.

Alde batetik, tipo penalak *nabarmenki sinplifikatu dira*, bai aginduen kopuruari eta egotzitako jokabideei dagokienez, bai agindu horien idazkerari dagokionez. Eta beste alde batetik, *edozein eduki moralizatzaile* baztertu egin da (esaterako: lehengo arauetako trafiko inmoralari edo ustelkeriari buruzko aipamenak). Horrela, tipo penal berriak Tituluaren beste atalen oinarrian dagoen ondasun juridikoaren babesari erantzuten dio, sexu askatasunari, alegia.

Hain zuzen ere, edozein eduki moralizatzaile saihesteko prostituziorako laguntzaren aipamena kendu da hamazortzi urtetik gorako adin nagusikoentzat; prostituzioan ari denaren borondatearen kontrakorik gabe edo sexu askatasuna mugatu gabe. Ikusten denez, tipo penal honek ezin du sexu askatasuna ondasun juridikotzat hartu, bai, ordea, moral publikoaren babesa.

Erregulazio berriarekin, beraz, adin txikikoen edo ezinduen artean prostituzioa bideratzen duten jokabideak zigortzen dira, eta pertsona horien sexu askatasuna babestu da euren heziketak irauten duen heinean. Eta beste alde batetik, adin nagusiko pertsonak prostituzioan jardutera behartzen duten jokabideak zigortzen dira.

Azkenik, *prostituzioa*, aztertuko diren delitu guztietan agertzen den kontzeptua, honela zehaz daiteke: eduki ekonomikodun prestazio baten truke, egunero edo nolabaiteko maiztasunez, izaera sexualeko zerbitzuak egitean datzan jarduera²³.

Kapitulu honetan araututako jokabideak hauexek dira:

a) Adin txikiko edo ezinduen prostituzioa

187. artikulua zigortu egiten ditu adin txikiko edo ezinduen prostituzioa sustatu, bideratu edo errazten dutenak.

22. EL MUNDO egunkaria. 1996ko azaroak 29, 30. or.

23. MORALES PRATS. Op. cit. 908. or. eta 912. or.

Artikulu honen bitartez, Auzitegi Gorenaren 1992ko martxoaren 18ko sententziak dioenez, honakoak babesten dira: “adina dela-eta, nortasunari dagokionez aldi erabakiorrean daudenak... Bizitza sexualaren norabideak ondorio bereziak dakartzio gizarteri. Legegileak hari buruz erabakitzeke nahikoa nortasuna ez dutenak penalki babes ditzake erabaki autoerantzulea ahalbidetzeko”.

Kodea, modu zabalean, adin txikikoen prostituzioaren merkatua eratzean eragina duten jokabideak hobendatzen saiatzen da. Horretarako, izaera desberdineko jokabideak parekatzen ditu. Jokabide horiek, ekintza baten ingurukoak izan daitezke, egile gisa (eraginez), edo laguntzaile gisa (erraztuz), zigorrari dagokionez ezelango alderik gabe. Egoera horrek kritika batzuk ekarri ditu.

Gaur egun indargabeturik dagoen 452, bis, d) artikuluko jokabideei ez zaie zigorra kendu (zigorra honakoei ezartzen zitzaien: jokabide horiek egiten ziren lokale-tako jabeari, gerenteari, edo langileei ere, edo baita jardueraren berri izanik lokalak alokatzen zituztenei) izan ere, jokabide horiek 187. artikulua agindu horren bidez bideratu ahal izango dira, adin txikikoen prostituzioa erraztu edo lagunduz gero.

Era berean, jarduera hutsezko delitua dela esan behar dugu, eta beraz, ez da beharrezkoa adin txikikoak edo ezinduak prostituzio ekintzak egitea, nahikoa da prostituzioa eragin, erraztu edo laguntzarekin.

Artikulua bigarren paragrafoa, *larriagotutako modalitate bati* buruzkoa da. Berau, adin nagusikoen prostituzioa dela eta, 188. artikuluan agertzen da berriro. Eta artikulua aipatu egiten ditu agintariak, agenteak edo funtzionario publikoek euren mailaz baliatuz egindako jokabideak.

b) Koakzioz eginiko hamazortzi urtetik gorako prostituzioa

188. artikulua honako hau zigortzen du: koakzioz, engainuz edo beharrian edo nagusitasun egoeraz abusatuz, adin nagusiko pertsona bat prostituzioan aritzera edo mantentzera derrigortzen duena.

Hemen ere, oraingoan baliabideei dagokienez, aginduaren irakurketa zabala egiten da, eta beste norbait prostituzioa bultzatzeko prozedura ugari parekatu egiten dira. Ez dugu ahaztu behar, Kodeak berak aurreko artikuluetan, eraso eta sexu abusua delituak arautzen dituztenetan hain zuzen, zigor penal desberdinak ezarri dituela, batetik indarkeriaz eta beldurraraziz egindako kasuetan, eta bestetik nagusitasunaz baliatuz edo abusatuz egindakoetan. Parekatze hori harritzekoa da, eta era berean, zigorrei dagokienez, harridura sorrarazten du nolabaiteko sistematika bati eutsi ez izanak.

Adin txikikoen prostituzioari dagokionez, 452 bis d) artikuluan zeuden jokabide horiek guztiak zigorrak gabekotzat joko ditugu; hau da, jarduera hori egiten zen gerenteen, jabeen, enplegatuen akurutzailen eta abarren jokabideak.

188. artikulua bigarren paragrafoak, aurre-aurreko artikuluan bezala, herri agintaria, agentea, edo funtzionarioa izateagatik larriagotutako tipoa agertzen du, jokabidea egoera horretaz baliatuz egin dezanean.

Azkenik, lehenengo paragrafoan *larriagotutako figura* bat agertzen da (koakzioz, engainuz edo beharrian edo nagusitasun egoeraz abusatuz, prostituzioan ari-

tzera edo mantentzera derrigortzea) azaldutako jokabideak *adin txikikoengan edo ezinduengan* egiten direnerako. Argi dago subjektu pasiboen taldeari eragindako koakzio egoerei, zigorra areagotzeko beharra dagoena. Baina ez da hain ondo ulertzen batzuetan, ustezko kasu horiek eta aurreko artikuluan ezarritakoak zelan desberdindu: 187. artikulua adin txikiko bat prostituziora bultzatzen duena zigortzen du, honako honetan, berriz, nagusitasunezko abusuz baliatzen denari ere, zigorra ezar dakioko.

Adina nagusitasunezko abusutzat jo den ustezko kasuetariko bat izan arren, ez dago penaltate bikoiztasun hori azaltzerik (bigarren paragrafoak, lau urtetik sei urtera arteko gartzelaldiaz zigortzen du; eragiteari buruzko tipoak, aldiz, batetik laurakoa ezartzen du). Baliteke beharrezkoa izatea jurisprudentziak honakoa zehaztea: nagusitasunezko abusua zer adinetatik aurrera den eta larriagotutako tipoa noiztik aurrera ezar daitekeen.

c) Adin txikiko edo ezinduen erabilera ikuskizun exhibizionista edo pornografikoetan

189. artikulua, helburu exhibizionista edo pornografikoekin, edo mota horretako ikuskizunetan, adin txikikoak edo ezinduak erabiltzen dituztenak zigortzen ditu.

Sistematikoki egokiagoa izan daiteke agindu hau exhibizionismo eta probokazioko delituei buruzko kapituluaren sartzeari, baina toki horretan egoteko azalpena hau da: 189. artikulua horrek helduen betebeharrak zehazteko zenbait agindu hartzen ditu, adin txikiko eta ezinduekiko.

Lehenengo paragrafo honetan jarduera bikoitza agertzen da: adin txikikoa edo ezindua ikuskizun exhibizionistetan erabiltzea (honek ekintza garatzen den inguruan *publizitatea* dakar) eta adin txikia edo ezindua helburu exhibizionista edo pornografikoz erabiltzea, horrek ingurutik publizitatea baztertuz (hemen jokabide guztiak agertuko lirateke, hala nola: adin txikikoei argazkiak egitea edo filmatzea, ondoren saltzeko edo sare informatikoetan zabaltzeko, esate baterako).

Argitzen ez dena, adin txikikoak horrelako egoeretan izan beharreko zeregina da. Hori dela eta, autorearen batek²⁴ hau da adierazi du: tipoan, adin txikikoari irudi pornografikoa ikusarazteko jokabidea agertzen da, eta hori marko exhibizionista edo pornografikoaren atala izango litzateke, adin txikikoa bera izaera sexuarekiko jokabiderik egitea iritsi gabe. Gure aldetik, jarrera horren oinarriak ez dira argiak, batez ere publizitaterik gabe denean. Beharbada egokiagoa izango litzateke 185. artikuluan ezartzen den aginduan sartzeari. Artikulu hori, izan ere, adin txikikoen aurrean exhibizio lizuneko ekintzak egiteari buruzkoa da (legegilearentzat, hain zuzen, isuna ezarri du, aztergai dugun artikulua honek ezartzen duen gartzela-zigorren ordez).

24. MORALES PRATS. Op. cit. 908. or. eta 912. or.

d) Adin txikikoen edo ezinduen prostituzioa galarazteko betebeharra ez egiteari buruzko delitua

189. artikulua *bigarren paragrafoak* bere agintepean, babespean, tutoretzapean edo aterpean adin txikiko edo ezinduak dituenaren jokabidea arautzen du, adin txikikoaren edo ezinduaren egoera hori aldatzeko egin beharrekoa egiten ez badu, edo horretarako agintariengana joko ez balu.

Agindua artikulua aipatzen dituen subjektu aktiboaren eskumeneko betebeharraren oinarritzen da. Betebehar horiek subjektuak (guraso-aginte, babesa, tutoretza, edo aterpetza dela eta) bere ardurapean dituen adin txikikoak babesteari buruzkoak dira. Tipo penalararen baldintza objektibotzat, betebehar horiek egoteaz gainera, subjektu aktiboak adin txikikoaren prostituzio-jardueraren berri izatea eskatzen da. Delitua *jarduteko duen betebehar juridikoa ez egiteagatik* edo *agintariei ez jakinarazteagatik* gertatzen da. Hala ere, ez egite horrez gain eragite, errazte edo laguntza baldin badago, 187,1. artikulua ezartzen duen tipo penalararen eremuan egongo ginateke, eta kasu horretan ezartzen den zigorra askoz ere handiagoa da.

Agindu honen harira (izan ere, agindua adin txikikoak babesteko betebeharrak ez egiteagatik jokabideez arduratzen da), Kodeak, hirugarren paragrafoan, ministerio fiskalak ez egite jokabide horretan erori diren guztiei guraso-aginte, tutoretza, babesa edo senide-aterpetzako aipatutako betebeharrak kentzeko ahalmena gogorarazten du.

6. AURREKO KAPITULUETAKO XEDAPEN KOMUNAK

a) Esetsi ahal izateko baldintzak

191. artikulua xedatzen duenaren arabera, eraso, jazargo edo abusu sexualeko delituengatik iharduteko beharrezkoa dira laidotutako pertsonaren, edo beronen legezko ordezkariaren salaketa, edo ministerio fiskalaren kereila.

Laidotutako pertsonaren *salaketari* dagokionez, ihardungarritasunezko betebehar horren oinarria honako honetan datza: zaurgarritutako ondasun juridikoa guztiz pertsonala izanik, biktimari dagokio delitua esesteko erabakia; baina hori guztia prozesu judizialak iraun bitartean biktimak izaten duen biktimizazio prozesua kontuan hartuz.

“Bortxatu nindutenetik epaiketa egin zen arte ia urtebete igaro zen; izapide judizialek oinazea luzatzen dute. Barru-barrutik dena arin pasatzea nahi nuen, ahazten hasteko...” (“La violación. Hablan las Mujeres” liburutik hartutako pasarte)²⁵.

Prozesuan biktimak bizi duen egoera kontuan hartuz, delituok *erdi-pribatutzat* jo izan dira. Baina Kode Penal berrian berrikuntza bat agertzen da, izan ere, ministerio fiskalak prozedura martxan jar dezake kereilaren bidez (salaketari dagokionez, bereiz-

25. DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Bartzelona 1987. 176. or.

keta formala da erreala baino). Edozein modutan ere, ministerio publikoaren ordezkariak “bidezko interesak aurrez-aurre” baloratu beharko ditu. Kontuan hartu beharreko alderdi bi ditugu: batetik, biktimaren borondatea eta intimitaterako eskubidea, eta, era berean, biktimaren “ahazteko” eskubidea errespetatzea; eta bestetik, interes orokorra dugu, hau da, delituaren edo delitugilearen inguruokak –berauek ekintzari aparteko larritasuna ematen dizkiote eta– (esaterako: egilea berriz delituan erori bada, kasu horretan etorkizunean biktimarik egon ez dadin jokatu litzateke).

Azkenik, pertsona laidotuaren salaketa bideratu ahal izateko baldintza honi buruz Auzitegi Gorenaren doktrina aipatuko dugu, izan ere, berori, besteak beste, 1994ko urriaren 25eko sententzian agertu zen. Sententzia horren arabera, *baldintza konpongarria* da, eta emakume kaltearena jadanik hasia den prozeduran azaltzean, ikerketa judizialari lagunduz, eta kausan eskaintzen zaizkion iharduerari oztoporik jarri gabe, isilbidezko salaketa baten aurrean gaude. Jokabide horrek, hasierako salaketarik eza konponduko luke.

b) Iraindua barkatzea

Kode Penalaren 191. artikuluko bigarren paragrafoak ezartzen duenez, iraindua edo beronen ordezkari penala barkatzeak *ez dakar jarduera penala desagertzea*. Baieztapen horren bidez 1989ko erreformak hasitako bideari eusten zaio, eta prozesuak dirauen bitartean biktima edo beronen senideenganako txantaje edo estorsio egoerak saihesteko filosofiarik erantzuten dio²⁶.

c) Adin txikikoaz edo ezinduez arduratzen direnentzako larriagotzea

192. artikulua hauxe ezartzen du: egitez edo zuzenbidez adin txikiko baten arduraren duen edozeinek Titulu honetako delituen bat egitean, zuzenean eginez edo lagunduz, dagokion zigorra erdi altuenean ezarriko zaie. Izan ere, agindu honetan, Kodea berriro aurreko 445. artikuluan ezarritakoa agertzen da zenbait aldaketa eginez: aurrekoan gertatzen ez zen bezala, oraingoan egile eta laguntzailearen artean bereizten da (berauek erantzun penal desberdina merezi duten jarduerak direla).

Aginduaren oinarria, adin txikikoak babesteko edo zaintzeko arduraren izanik, delitugilearen jokabideak, beroriek biktima bihurtzean, merezi duen balio kentzea eta gaitzespena da.

Artikuluak, zigor gehigarri gisa, adin txikikoak edo ezinduez babestearekin zerikusia duten kargu edo ogibideetarako gaitasungabetze berezia ezartzen du.

d) Erantzukizun zibilaria buruzko eta filiazio eta elikagaiei buruzko pronuntziamendua

Aginduak, delitu mota hauek biktimei eragindako kalteei buruzko pronuntziamendua dakartzala gogorarazten du, honakoetan edukia, sarritan, izaera moralak

26. Ildo horretatik, besteak beste, CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos* lanean Ed. Bosch. Bartzelona. 1981. BAJO FERNANDEZ ere bai. 271. or.

magusi izango da izaera fisikoaren aldean. Era berean, filiazio eta elikagaiei buruzko pronuntziamentuak egingo direla zehazten du. Horren helburua prozesuak azkarrago egitea eta prozedura zibilera jotzea saihestea da.

e) Establezimenduak aldi baterako edo behin betiko ixtea

Agindua, exhibizionismoari, probokazio sexualari eta prostituzioari buruzkoa da, eta establezimendua aldi baterako edo behin betiko ixteko aukera bikoitza onartzen du. Azken kasu honetan, kautelazko neurritzat har daiteke, prozesu penalak irauten duen bitartean alegia, sententzia eman aurretik. Aldi baterako ixteak, hala ere, gehienez bost urteko iraupena du.

AZKEN GOGOETA

Aurreko orrien bidez, Kode Penal berriak sexu askatasunaren kontrako delituak arautzeko duenari buruz, ahalik eta ibilbiderik osoena eta argiena egiten ahalegin du gara. Ibilbidea juridikoa izan da batez ere, tipo penalak aztertzekoa alegia, baina oraingoa gaia ikuspegi zabalagotik, orokorragotik, aurkeztu nahi dugu.

Artikulu honetan, zenbait momentutan autoreen kritikak jaso edo bestela norberak eginiko kritikak azaldu izan dira honako hauei buruz: Kodean jokabide jakin batzuk sartzeko komenigarritasunaz edo baita praktikan zehaztasunik ezak ekar dezaketeten tipo zabalegiak eraikitzeiko arriskuaz ere.

Zuzenbide penalak funtsean aldakorra den gizarte bati erantzuna eman nahi dio, gizarteak sexualitateari berari buruz duen ideia agertuz, eta erantzun penala merezi duten jokabideek zeintzuk izan behar duten esanez. Eta bilakaera hori herrialde guztietan etengabea, eta orokorra da, eta gai honen inguruan arau berrien ekarle. Eredu honetan gutxieneko eskuhartzearen printzipioak behin eta berriro azaltzen den elementua dirudi, beste kasu batzuetan baino intentsitate handiagoarekin beharbada. Horren ondorioz hauxe esan dezakegu: sexuari buruzko zuzenbide penala “zalantzarik gabe zigorra merezi duten muturreko kasuetara mugatu behar da. Zigorra merezi izateari buruz zalantzarik egonez gero, lege eskuhartzea alde batera utzi beharko da, presuntzioan oinarrituz askatasunaren alde jokatzeko. Zalantza egoera horretan, beraz, legegileari abstenitzeko ausardia eskatu beharko zaio”²⁷.

Apelazioaren doktrinan *gutxieneko eskuhartzearen printzipioa* etengabe agertu arren, –izan ere, gai honetako modu legeletan egindako berrikuntzek berorri erantzuten diote, baita aztergai dugunak ere– (eremu sexualean sexu askatasunari eginiko erasoetan eskuhartze penala txikitzen ahalegunduz), interesgarri iruditzen zaigu Díez Ripollésen jarrera. Autore horrek, 1981ean, “El Derecho Penal ante el sexo” liburuan, gaitzestu egiten du zenbait autorek azken ratioaren printzipioari buruzko ideiare eustea, edo gai honetan, gutxieneko eskuhartzea izatea. Era berean, ez du onartzen gizartearen moral sexuala, gizarte instantzia ez bortxazkoen bidez,

27. KLUG, Ulrich. “Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal Sexual” *Sexualidad y Crimen* obran. GIMBERNAT ORDEIG. Ed. Reus. Madrid 1989. 38. or.

zain daitekeela uste dutenen jarrera, ezta hobeto babes daitekeela pentsatzen dutenena ere.

Zuzenbide penal sexual anitzaren inguruan, autore honen arabera, ez da azken ratioaren printzipioari buruz eman beharreko aipamen zehatza. Hori dela eta, arrazoi hauexek ematen ditu: zuzenbide penal sexualean, helburua norbanakoaren sexu askatasunari eginiko eraso larrienak zigortzea da. Azken ratioaren printzipioak *arlo penaletik kanpoko baliabideak* egoteari loturik joan behar du. Eta baliabide horiek askatasunaren kontrako erasoak saihesteko bidea eman behar dute²⁸.

Hau da, xedea ez da estatuko instantziak eskuhartzerik ez izatea, edo eskuhartzea ahalik eta txikiena izatea, helburua tolerantzia zabaleko gizarte giroa bultzatzea da. Bizitzaren eremu desberdinetan, eta eremu sexualean ere, norberaren autoerrealizatorako aukerak ugariak izan daitezten.

Testuinguru honek herritar guztiei askatasun zabalagoa eta sexuaren eremuan tolerantzia eta heziketa handiagoa eskaintzen die. Era berean, testuinguru honetan beste pertsona baten kontrako jokabidea gero eta arrazoigabeagoa izango da, eta gutxiagotan azalduko da.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNANDEZ. Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Centro Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.
- CARMONA SALGADO. “Los delitos de abusos deshonestos” Ed. Bosch. Barcelona. 1981.
- DIEZ RIPOLLÉS. El Derecho Penal ante el sexo. Ed. Bosch. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. Ed. Bosch. Barcelona. 1982.
- DOWDESWELL, J. “La violación. Hablan las mujeres.” Ed. Grijalbo. Barcelona 1987.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sexualidad y Crimen. Ed. Reus. Madrid 1989.
- MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.
- MUÑOZ CONDE. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 10ª Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.
- ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas.” Revista La Ley. nº 4044.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. Revista Actualidad Penal. nº 32.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. “El acoso sexual como delito autónomo”. Colex. Madrid. 1991.

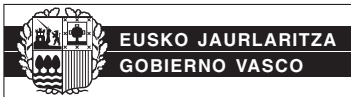
28. DIEZ RIPOLLES. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. Barcelona 1981. 260. or.

eman ta zabal zazu



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

VICERRECTORADO DEL CAMPUS DE GIPUZKOA
GIPUZKOAKO CAMPUSEKO ERREKTOREORDETZA



DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
JUSTIZI SAILA

DEPARTAMENTO DE INTERIOR
HERRIZAINGO SAILA



La Dirección agradece a los Departamentos de Justicia e Interior del Gobierno Vasco, a la Fundación Kutxa y al Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU, su contribución financiera a esta publicación.