

"1995.eko Kode Penal berriaren balorazio orokorra" (Valoración general del nuevo Código Penal de 1995) en ELERIA (Euskalherriko legelarien aldizkaira), 1996, O zkia., 75-89

1995.EKO KODE PENAL BERRIAREN BALORAZIO OROKORRA*

Jon LANDA GOROSTIZA. UPV-EHUko Zuzenbide Penaleko irakasle-laguna.

AURKIBIDEA

- 1.- Sarrera.
- 2.- Kode penal berriaren balorazio orokorra.
 - 2.1. Kode penal berriaren aurrekin hurbilak.
 - 2.2. Kode penal berriaren balorazio kritiko-orokorra: Zati Berezia.
 - 2.2.1. Zuzenbide penal "moderno"aren balorazioa.
 - 2.2.1.1. Funtzionalizazioa.
 - 2.2.1.2. Inefikazia-deslegitimazioa.
 - 2.2.1.3. Legaltasun-printzipioaren ahultzea: ondorioak.
 - A) Lehenengo ondorioa: hiritarren desbabesa.
 - B) Bigarren ondorioa: botere-banaketaren desagerpena.
 - D) Hirugarren ondorioa: gainontzeko zuzenbiderekiko mugaren desagerpena.
 - E) Inefikazia.
 - 2.2.1.4. Legaltasun-printzipioaren ahultzea: erabilitako teknikak (elementu normatiboak, zuritango legeak, arrisku-delituak, zehaztugabeko kontzeptuak, klausula orokorrak, elementu subjektiboak).

* Lan hau, Iruñeko XXIV. udako ikastaroen testuinguruan, 1996.eko uztailearen 26an, emandako saio baten laburpena besterik ez da. Iruñeko saioan bezala, hemen ere dibulgazio-helburua nagusi izango da, beraz ez da zuzenbide penalaren jakintza arloan inongo aurrerapenik eman nahi, baizik eta, dagoeneko zientzia penalean kode penal berriari buruz zabaltzen ari den iritzia jaso eta sistematikoki legelariengana heleraztea. Eskerrik beroenak, Iruñeko saio horretan parte hartutako guztiei, egindako iruzkin, kritika eta galderengatik, lan honetan kontutan hartu ditudanak.

2.2.2. Zuzenbide penal "tradizionala"ren lege-
arauketa berriaren balorazioa. Kode penal berria
progresista al da?

2.2.2.1. Zuzenbide penal tradizionala.

2.2.2.2. Kode penal berria progresista al da?

- A) Eutanasia.
- B) Abortua.
- D) Lesioen baimena.
- E) Intsumisioa.

2.3. Zati orokorraren berrikuntzarik garrantzitsuenak.

2.3.1. Aurretiazko izenburua.

2.3.1.1. Legaltasun-printzipioa.

2.3.1.2. Segurtasun-neurriak.

2.3.1.3. Lege-pilaketak.

2.3.2. Lehenengo liburua.

2.3.2.1. I IZENBURUA (De la infracción penal) -
I ATALBURUA (De los delitos y faltas).

- A) Ezegitea.
- B) Zuhurtzigabekeria.
- D) "Iter criminis": delitu ezinezkoa
(saikuntza) eta prestamen-ekintza
zehagarriak.

2.3.2.2. I IZENBURUA (De la infracción penal) -
II ATALBURUA (De las causas que eximen de la
responsabilidad criminal).

- A) Bidezkotze-kausak.
- B) Erruduntasuna eskluditzen duten kausak:
egozgarritasunaren aipamen berezia.

2.3.2.3. II IZENBURUA -De las personas
criminalmente responsables de los delitos y
faltas-.

2.3.2.4. III IZENBURUA -De las penas-.

- A) Aurrezaintza orokorraren gehiegikeriak.
- B) Aurrezaintza bereziaren aurrerapausuak
eta gehiegikeriak.

3.- Konklusioa.

1.- SARRERA.

Kode penal berria 1995.eko azaroaren 8an Diputaduen Kongresuan onartu zen, 10/1995, azaroaren 23ko Lege Organikoaren bitartez (BOE 281, azaroaren 24koa) hain zuzen ere.

Kode penalari buruzko lege organikoaren 7. azken xedapenaren arabera, lege penal berri hau, BOEn azaldu eta 6 hilabeteren buruan, indarrean sartu behar zen: hots, 1996.eko maiatzaren 24an. Halere, egun bat beranduago indarrean sartu zen: maiatzaren 25ean, larunbatean, horretarako arrazoi argirik egon barik. Beraz, dagoeneko Kode penal berriarekin hilabete batzu daramatzagunez gero, eta Kode berri baten beharrari buruzko polemika politikoa baretu dela kontutan harturik, gure ustez, egoera juridiko-penal berriari buruzko balorazio orokor lasaiago eta zehatzago egiteko garaia heldu da.

Kode penal berriak zein aldaketa zehatz-mehatz ekarri duen argitzea ez da, honelako lan baten testuinguruan aurrera eramán daitekeen helbururik. Gainera, esandakoa hobetu ulertuko da, baldin eta kontutan hartzen bada, asko eta asko direla Kode penal berrian zeharo berriak suertatu diren alderdiak: hauen berri eman ahal izateko liburu oso bat beharko genuke. Hori dela kausa, lan honen bitartez balorazio orokorrari ekingo diogu besterik gabe.

Esandako helburua lortu ahal izateko hurrengo eskema hau jorratuko dugu.

Lehenik eta behin, Kode penal berriaren **aurrekin hurbilak** aztergai izango ditugu: honek, Kode penala sortu zen giro politikoaren berri emango digu, gero zenbait arazo zein kritika ulertzeko balioko diguna.

Bigarrenik Zati bereziaren balorazio orokorrari ekingo diogu, baina lehenengo momentutik azpimarratu behar da, Zati berezian irudi orokorra gureganatzeko are zailtasun gehiago baditugula, Zati orokorrean baino askoz aldaketa gehiago, zeharo berriak batzutan, baitaude. Horrexegatik, Zati bereziaren azterketa murrizteko, gaiak aukeratzerakoan hurrengo bi erizpideak kontutan hartu ditugu: bat, batez ere azken hilabeteotan Doktrinarik onenak argitaratutako idaztien burutazioena; eta bi, gaiak eritzi publikoan oihartzun handia izatearena.

Zati bereziaren azterketa eta balorazioa, Zati orokorrarenak baino lehenago egitearenak logikaren aurka badoala ematen badu ere, horretarako arrazoiak badaude. Legegileak berrikuntza politiko-kriminalik haundienak Zati bereziaren testuinguan egin ditu: Kode penal berria benetan Zati bereziari esker **berria** dugu. Zati berezian, orain arte zegoen politika kriminala zeharo aldatu da, zuzenbide penal "modernoaren" eremu berrietan lege-arauketa zabala onartuz. Horregatik, bakar-bakarrik politika kriminal berria ezagutu eta gero, Zati orokorraren aldaketa teknikoan benetako eragina ezagutzeko gauza izango gara.

Hirugarrenik, Zati orokorraren aldaketa tekniko esanguratsuen berri emango dugu: baieztatuko dugun bezala, Zati honek nahiko kritika positiboa merezi du, Zati bereziaren kritikarekin konparatuz gero.

Azkenik, bi Zatitan egindako azterketak eta gero, azkeneko balorazio orokorra bilduko dugu.

2.- KODE PENAL BERRIAREN BALORAZIO OROKORRA.

2.1. KODE PENAL BERRIAREN AURREKIN HURBILAK.

Estatu espainiarraren Konstituzioa onartu zenez geroztik (1978.eko abenduaren 27an -BOE 311, 1978.eko azaroaren 29koa-), Kode penal berri baten beharra nabaria zen. Kontutan hartu behar da, orduan -eta 1996.eko maitza arte- indarrean zegoen Kode penala, 1973.eko irailaren 14ko dekretoa zela. Kode penal horrek, oinarrian 1848. urteko Kode penalaren egitura mantentzen zuen, nahiz eta aldaketa asko jasan izan: baina, berriro ere azpimarratu beharra dago, aldaketak zirela besterik gabe, **funtsezko egitura 1848.ekoa** mantentzen zelarik¹. Beste alde batetik, gogoratu behar da, Kode penal zaharrak jasandako azken aldaketak eta edukia **diktadura** baten testuinguruan egindakoak zirela.

Beraz Konstituzioa eta gero, XIX. mendeko kode penal autoritarioa indarrean zegoen, egoera demokratiko berriari, hain zuen Estatu demokratiko, sozial eta zuzenbidezkoari, egokitu beharrekoa. Premia honen aurrean ez zegoen, halere, akordio politiko lortzerik. Kode penal zeharo berria lortu ezinean, 1973.eko Kode penalak 1983. urtean erreforma sakona jasan zuen: "Reforma parcial y urgente del Código penal", 1983.eko ekainaren 25eko Lege Organiko baten bitartez hain zuzen ere. Lege honen funtzioa, Kode penala -eta oro har zuzenbide penala-, Konstituzio berriak ekarritako egoerari egokitzea zen. Halere, legearen izenak berak erakusten duen moduan, zatiko zein premiazko erreforma besterik ez zen izan, funtsezko arazoa konpondu barik uzten zuena.

Aiapatu 1983.eko erreforma nagusia baino lehenago, dagoeneko, 1980.eko urtarrilaren 17an Kode penalaren lehenengo egitasmoa aurkeztu zen, aurrera egin ez zuena. Honetan oinarriturik, 1983. urtean bertan, Kode penal berriaren "aurregitasmoaren proposamena" ("propuesta de anteproyecto") ere aurkeztu zen, ezta egitasmo izatera heldu ez zena. Azkenik, 1992.eko irailaren 23an, beste egitasmo bat, Kode penalarena, aurkeztu baldin bazen ere, enmendakinen tramitean etenik gelditu zen, Korteak, hauteskunde berriak zirela kausa, disolbatu behar izan zirenean.

Hainbeste saikera eta gero, azkenik, gaur egun Kode penal berria bilakatu den egitasmoa 1994.eko irailaren 26an aurkeztu zen, urte baten buruan -gutxi gora behera- Korteek behin betiko onartu zutela. Arineketan onartutako kode honi buruz egin

¹.- MIR PUIG, Santiago: Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1990, 21 eta hurr.

daitekeen lehenengo balorazioa hori da: arineketan egindakoa izan dela. Kode penal berri bat egiteko ez da urtebete inolaz ere nahikoa: are gutxiago, Kode berriaren Zioen adierazpenean esaten den moduan, "denen arteko"² kodea izatea nahi baldin bada.

Beste alde batetik, oso testuinguru politiko berezian onartutako kodea izan da: agintean zegoen alderdiak, PSOEk, esanahi politiko berezia Kode penalaren onarpenari ematen zion, onarpena lehenik eta behin ERIZPIDE POLITIKOETATIK funtsezkotzat jotzen zelarrik. Opozizioko alderdi nagusiak ere, oposizio "erradikala"ren barruko logikatik Kode penalaren edukia aztergai izan zuen. Beraz, eta GIMBERNATEk dioen moduan, Kodearen eztabaidan erizpide juridikoa edo justiziaren ideia baino lehen, mundu juridikotik kanpoko erizpide batek nagusiki jokatu du: kode penal berri baten onarpenak eduki lezakeen onura politikoarenak alegia³. Baina giro hau ez da egokiena, luzaro iraun behar duen Kode penal berri bat onartzeko, are gutxiago, hain garrantzitsuak diren gaiak (hiritarren giza-eskubideak funtsean) arautu behar direnean. Hemendik, orain ikusiko dugun bezala, Kode penal berriak dituen kritikarik eta akatsik haundienak etorriko dira.

2.2. KODE PENAL BERRIAREN BALORAZIO KRITIKO-OROKORRA: ZATI BEREZIA.

Zati bereziaren balorazioa egiterakoan, bi arlo desberdindu behar ditugu: batetik, zuzenbide penal "moderno" eta, bestetik, tradizionala.

2.2.1. ZUZENBIDE PENAL "MODERNO"AREN BALORAZIOA.

Zuzenbide penal "moderno"az, eremu "berri"az hitz egitean, inoiz zuzenbide penalean ez egondako eremuaz ari gara (ingurugiroaz, delito sozioekonomikoetaz, etabarrez). Betidanik zuzenbide penal "tradizionala" gai zehatz batzutara murriztua egon da eta ondasun juridiko indibidualak nagusiki babestu nahi izan dira: horren ondorioz, bizitzaren, osotasun fisikoaren zein ondarearen kontrako erasoek Kodearen muina osatzen zuten. Tradizioaren aldean, Kode penal berrian, eremu zeharo berrietan delituak sortu dira: guk, eremu berri guzti horietan sartutako delitu-multzoari zuzenbide penal moderno deituko diogu.

2.2.1.1. FUNTZIONALIZAZIOA.

1995. urteko legegileak, presio politikopean, interes politiko ez-zilegiak (hausteskundeei begira) "gehiegi" kontutan hartu ditu: hori dela kausa, zuzenbide penal modernoaren joera bati, "FUNTZIONALIZAZIOA"ri ez-proportziozko neurri batean ekin

².- "(...) Se ha llevado a cabo [Kode penala] desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones (...)"

³.- GIMBERNAT, Enrique: "Diatriba del nuevo Código penal", *La Ley*, Año XVII. Número 4043, 7.

dio. Azal dezagun lehenengo ideia hau.

MUÑOZ CONDEk dioen moduan⁴, funtzionalizazioa zuzenbidearen teoria orokorraren gaurko joera da, Kode penal berrian argi eta garbi present dagoena. Joera honen arabera, zuzenbide penala politika kriminal zehatz baten helpidea da: azken honen pean dago, honek markatzen dituen helburuei begira. Are zehatzago: Kode penal berriaren funtzionalizazioaren ondorioz, zuzenbide penala gizartean esku hartzeko helpide bezala erabili da, gizarteak, gizarte modernoak dituen arazoei aurre egiteko asmotan. Beraz zuzenbide penala "prima facie" arazoak konpontzeko trena moduan erabili nahi da: ez da, beraz, "azkeneko helpidea" izango, gainontzeko helpideak (esaterako, gainontzeko zuzenbide arloak -zibila, administratiboa, laborala...- edo politika pedagogikoa...) eta gero, erabili beharrekoa. Lehentasuna ematen zaio, oro har, zuzenbide penalari, arazoak konpontzeko helpide bezala, beste helpide bigunagoen aurrean.

Teknikoki adierazita: ultima ratio printzipioa alboratzen da, "aurrezaintza orokorra" ("prevención general" delakoa)ren interesei zuzendutako zuzenbide penal funtzionalizatu baten mesederako. Zuzenbide penala, hiritarrek dituzten arazorik haundienak konpontzera zuzendu nahi da. Eta horrela, hots, aipatu funtzio politikoa betetzera zuzendurik Kode penal berria aurkeztu nahi izan da: Kode penal berriaren bitartez, terrorismoari, eraso sexualei, arrazakeriari, ingurugiroaren kontrako arriskuari, etabar luze bati, aurre egin nahi zaie. Beraz "gutxienezko zuzenbide penala" (derecho penal mínimo)aren ideia ahuldurik suertatu da, zuzenbide penal "esku-hartzailea"ren (de intervención) mesederako.

2.2.1.2. INEFIKAZIA-DESLEGITIMAZIOA.

Funtzionalizazioak eduki dezakeen arriskua hurrengo hauxe da: zuzenbide penalaren esku bakarrik ez dago arazoan konponbiderik. Beraz, zuzenbide penalarentzat aurkeztutako funtzio politikoa, helburua, ez dago praktikan betetzerik⁵: praktikan zuzenbide penala **bakarrik** efikaza ez delako. Pentsa dezagun, drogamenpekotasunaren arazoan: konponbidea ez da bakarrik etorriko, delituak sortzearen bitartez. Konponbideak politika sozial orokor baten testuinguruan etor daitezke, non zuzenbide penala helpide bat (azkenik erabili beharrekoa, hain arriskutsua den neurrian) beste batzuen artean baita⁶.

Beraz, lehenengo arazoa kode penal berriaren inefikazia izan daiteke, lege penalaz gain, beste politikak batera martxan

⁴.- MUÑOZ CONDE, Francisco: "El 'moderno' derecho penal en el nuevo Código penal", *La Ley*, Año XVII. Número 4043, 8.

⁵.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

⁶.- GARCIA PABLOS, Antonio: Derecho penal. Introducción, Madrid, 1995, 271 eta hurr. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: Fundamentos de derecho penal. Parte General, Valencia, 1993, 236 eta hurr.

jarri ez direlako.

Zuzenbide penalaren efikazia beraz beste politika zabalagorekin uztarturik egotearen menpe dago. Baina, horretaz gain, "aplikatu beharreko" zuzenbide penala izan behar da, efikaza izan nahi badu. Zuzenbide penala, nahiz eta beste politika aurrezaintzaile (edo prebentibo)rekin loturik egon (informazio kanpainekin, hezkuntza-mailako neurriekin, etabarrekin...), ez du larderiatze-efekturik izango, legea benetan aplikatzen dela gizartean zabaldurik egon arte⁷.

Baina legea aplikatu ahal izateko, helpide materialak (polizia, epaileak, epaileen laguntzaileak, etabar...) beharrezkoak dira eta honek kostu ekonomiko izugarri haundia ezezik, kostu "ideologiko" haundia ere suposatzen ditu, azkenik arazoan irtenbide errepresiboari lehentasuna ematen zaion neurrian⁸.

Funtzionalizazioaren ondorioz, kode penal berrian hainbat eta hainbat eremu berrik zuzenbide penalaren objektu bihurtu dira, baina beste politikak inplementatu barik, ezta azpiegitura egokia ezarri barik. Horren ondorioz, Kode penal berriak, eremu berrietan delituak sartu arren, ez ditu eremu horien arazoak konpontuko, inefikaza izango delarik.

Gainera inefikazia horrek, ez du bakarrik delitu berrietan eragingo, sistema penal osoaren deslegitimazio-efektua daukan neurrian. Inefikaziak, ondorioz, sistema penal osoaren deslegitimazioa dakar⁹: zuzenbide penala krisialdian eroriko da, arazoak konpontzeko efikaziarik erakusten ez badu, izan ere, nahiz eta sistema penalak helburu prebentibo edo aurrezaintzaileez gain, beste helburu ere eduki (erretribuzioa), lehenik eta behin, Estatu demokratiko, sozial eta zuzenbidezkoaren zereginik funtsezkoena behar prebentiboei aurre egitean baitatza.

2.2.1.3. LEGALTASUN-PRINTZIPIOAREN AHULTZEA: ONDORIOAK.

Funtzionalizaziotik ere legaltasun-printzipioaren ahultzea ondorioztatzen da¹⁰: kode penala "hainbeste arazo" konpontzeko erabili nahi den neurrian, delituen deskribapena zabaldu egiten da, hainbat eta zehagarritasun-hutsune gutxien uzteko asmotan.

⁷.- Honen adibide garbia "arraza-bereizkeria" ("discriminación racial" izenekoa)ri buruzko lege-arauketan dugu: 1983. urteko erreformaren bitartez, arrazakeriaren kontrako delitu berriak sartu baziren ere (165 zein 181 bis artikulua, Kode zaharrekoak), inoiz ez ziren aplikatuak izan, bitartean arrazakeriaren egoerak txarrera jo duelarik.

⁸.- GARCIA PABLOS, Antonio: op. cit., 273 eta 274.

⁹.- GARCIA PABLOS, Antonio: op. cit., 49, 50 eta, bereziki, 51.

¹⁰.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

Hau da, Kode penalaren eremua haunditu egin da, delitu berri asko eta asko sartuz, eta, gainera, eremu bakoitzean ekintza tipikoak deskribatzeko teknika ez da batere zehatza, taxatiboa, izan. Beraz, legaltasun-printzipio materiala ahuldu egin da neurri izugarri batean¹¹.

Legaltasun-printzipioaren ahultzeak ondorio zehatzak dakartza: ikus ditzagun zein diren.

A) LEHENENGO ONDORIOA: HIRITARREN DESBABESA.

Edozein Estatu demokratiko eta zuzenbidezkoentzat, legaltasun-printzipio materialak -ez bakarrik formalak-hiritarrentzako berme ezinbestekoa osatzen du: edonork, zeozer egin aurretik, jakin behar du edo jakin ahal izan behar du, ea ekintza zehatz bat debekatuta dagoen ala ez. Bestela, Estatuak "indarkeriaren monopolioa" kontrolik gabe erabili ahal izango luke, hiritarrak Estatuaren aurrean gutxienezko babesik gabe geratuko liratekela. Beraz, legaltasun-printzipio materialik gabe, hiritarra desbabesturik dago, Estatuaren aurrean¹².

B) BIGARREN ONDORIOA: BOTERE-BANAKETAREN DESAGERPENA.

Beste alde batetik, legaltasun-printzipio materialak funtzionatzen ez badu, legaltasun-printzipioaren oinarrian dagoen botereen banaketa desagertzen da. Legea zehatza ez bada, azkenik epaileek zuzenbide penala aplikatzerakoan zuzenbidea sortzen dute, epaileen funtzioak legegilearena bereganatuz¹³.

D) HIRUGARREN ONDORIOA: GAINONTZEKO ZUZENBIDEREKIKO MUGAREN DESAGERPENA.

RODRIGUEZ RAMOSEk bereziki puntu hau azpimarratzen du¹⁴: honen ustez, dagoeneko lan-zuzenbidean, zuzenbide administratiboan, zibilean edo merkatal-zuzenbidean araututako iharduerak orain delitu bihurtuak izan dira. Horrela "ultima ratio" printzipioa alde batera utzita, zuzenbide penalaren eremua izugarri haunditu da. Berak grafikoki esaten duen bezala:

¹¹.- COBO DEL ROSALEk dioen moduan: "(...) bien pudiera suceder que nos enteremos de que algo está penalmente prohibido cuando se notifique la sentencia condenatoria. La hipótesis inversa también puede, como es natural, verse cumplimentada: que sepamos con certeza y claridad que algo está penalmente permitido cuando se comuniquen la sentencia absolutoria." COBO DEL ROSAL, Manuel: "Consideración general sobre el nuevo Código penal", *La Ley*, Año XVII. Número 4043, 2.

¹².- GARCIA PABLOS, Antonio: op. cit., 231 eta hurr. Bereziki: 238, 239 eta 240.

¹³.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

¹⁴.- RODRIGUEZ RAMOS, Luis: "Un buen Código para reformar", *La Ley*, Año XVII. Número 4043, 10.

"(...) se ha expandido elefantiásicamente el ámbito de lo penal".

Esandakoaren adibide garbiak MUÑOZ CONDEk ematen dizkigu. Horrela XIII. izenburuan ("ondarearen eta ordena sozioekonomikoaren kontrako delituak" izenekoan -art. 234 eta hurr.-), dagoeneko ez-zilegi administratiboak ziren ekintza batzu, delitu bihurtuak izan dira. Besteak beste: "publizitate ziri-sartzailea" ("publicidad engañosa" -art. 282-); edo "edozein helpide edukitzea, ordenagailu-programa babes indargabetzekoa" (-art. 270-3-); edo, "produktu baten kalitateari buruzko edozein indikatzaile geografikoaren erabilera ez-baimendua" (-art. 275-), etabar¹⁵. Berdin gertatzen da, esaterako, XVI. izenburuan, ("lurralde-ordenazioari, ondare historikoaren babesari eta ingurugiroari buruzko delituen" izenekoan -art. 319 eta hurr.-)¹⁶.

Kode penal berriarekin tipifikatutako ez-zilegi administratibo hauek ez dute, bakar-bakarrik, zuzenbide arlo desberdinen arteko muga "teorikoa" desagertarazten, "ultima ratio" printzipioa txikituz. Honek arazo praktiko ugari ere ekarriko ditu, izan ere, delitu hauek deskribatzeko, elementu normatibo asko erabili direnez, hain zuzen penalak ez diren kontzeptu ugarietz josita, "AURRE-JUDIZIALIZAZIO ZEIN PROZEDURA-ESEKIPEN" arazo anitz sortuko dira ("problemas de prejudicialidad y suspensión de procedimientos")¹⁷. Delitua dagoen ala ez jakin ahal izateko, esaterako, ingurugiro-legeetan zenbait kontzeptu baieztatu behar badira, eta, gainera, ustezko iharduera penalak, aldi berean, merkatal-eremuan edo eremu zibilean edo administratiboan, ez-zilegia osatzen badu, eskuduntza- zein prozedura-arazo ugari azalduko dira.

RODRIGUEZ RAMOSEN ustez, penalak ez diren hainbeste elementu normatiboengatik, instrukzio-epaileak "Judiziamendu-kriminalaren legea" (Ley de enjuiciamiento criminal)ren 4. artikulua, arau orokor bezala (eta ez salbuespenez) erabiltzera behartuta egongo dira¹⁸: beraz "cuestión prejudicial suspensiva

¹⁵.- XIII. izenburuaren, XI. atalburuan hain zuzen ("jabetza intelektuala eta industrialari buruzko zein merkatuari eta kontsumitzaileei buruzko delituen" izenekoan -art. 270 eta hurr.-).

¹⁶.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

¹⁷.- CORDOBA RODA, Juan: "Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima", *La Ley*, Año XVII. Número 4043, 4.

¹⁸.- Judiziamendu-kriminalaren legearen 3. artikuluan penal-epaileen eskuduntza orokorra, arau orokor bezala, ezartzen da, penalak ez diren "kuestio"etaz ezagutzeko (efektu penaletarako bakarrik) ekintza zehagarriarekin zeharo lotuta daudenean. 4. artikuluan, berriz, teoriatz, salbuespena ezartzen da, penala ez den "kuestioa", dagokion organoari bidaltzea aurrikusiz: kasu honetan, epaile penalak prozedura eten egiten du (esekipena), eta penala ez den arazoaz ezagutzeko, dagokion

y devolutiva"ren bitartez, lehentasuna eman beharko zaio, penala ez den epaileari, dagokion zuzenbide-arlotan, arazoaz alde aurretik ezagut dezan. Horrela, 4 artikulua arau orokor bezala erabiltzean alegia, egile honen ustez, justizi penalaren geldiketa sahiestuko da eta aldi berean, bide penalaren erabilkeria.

Beste alde batetik, RODRIGUEZ RAMOSen ustez, elementu normatibo ugari erabili beharrean, teknika hobea izango litzateke, eremu hauek lege berezien bitartez arautzea. Hau da, delitu berri hauek Kode penal berrian sartu beharrean, penalak ez diren legeetan sartu, eranskin penalen bitartez. Horrela lortuko litzatekeen abantaila, gaian adituek delitu horien deskribapenean konprometitzea izango litzateke, eta horren ondorioz, zuzenbide penala eta dagokion beste zuzenbide-arloren arteko muga zehaztasunez ezarriko litzateke¹⁹.

Arazo prozesalen hildotik, GIMENO SENDRAk, "delitos societarios" izeneko kasuan (art. 290 eta hurr.), azterketa berbera egiten du: bere ustez, delitu hauetan araututako hainbat ekintza ez-zilegi zibilak besterik ez dira, askoz hobeto bide zibiletik konpontzekoak liratekenak. Hori bai, dagokion erreforma prozesal-zibilaren bitartez. Honekin ez du, halere, esan nahi, entrepresa-eremu honetan sartutako ekintza zehagarriak destipifikatu beharko liratekenik, baina, bai aipatu erreforma osatu beharko litzatekela, dagozkion aldaketa prozesalen bitartez, bide penalaren abusua sahiesteko²⁰. Horrela, berriro ere, arazoak konpontzeko beste helpide erabili beharrari aipamena egiten zaio: zuzenbide penala bai, baina ez bakarrik ezta lehenik eta behin, ahalik eta gutxien eta beste helpiderik ez dagoenean baizik.

E) INEFIKAZIA.

Azkenik, honek, hots, zuzenbide arloren arteko muga desagertarazteak ere zuzenbide penalaren inefikazia eta deslegitimazioa ekartzen ditu. Zuzenbide penala zenbat eta zehatzago izan, hainbat eta errezago aplikatu ahal da. Aitzitik, zabala eta zehaztugabea bada, epaileek ez dute legea aplikatuko, eremu tipikoa zein den argitasunez jakiterik ez dagoenean, zuzenbide penalean "in dubio pro reo" printzipioaren ondorioz, zigorra baztertzen baita. Beraz lege ona, efikaza da, zehatza den neurrian, bestela aplikaezin bihurtzen delako.

2.2.1.4. LEGALITASUN-PRINTZIPIOAREN AHULTZEA: ERABILITAKO TEKNIKAK.

organuari "kuestioa" bueltatzen dio ("cuestión prejudicial suspensiva y devolutiva" edo "kuestio aurrejudizial, esekitzaille eta debolutiboa" izenekoa).

¹⁹.- RODRIGUEZ RAMOS, Luis: op. cit., 10.

²⁰.- GIMENO SENDRA, Vicente: "Los delitos económicos en el nuevo Código penal", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI. N° 249, 6.

Balorazio negatibo orokor hau bukatzeko, bakarrik, zein teknika juridiko-penal, nagusiki, legaltasun-printzipio materialak galdatzen duen zehaztasuna desagertarazteko, erabiliak izan diren aipatzea falta zaigu.

Batetik, penalak ez diren elementu normatibo ugarien presentzia aipatu dugu: eta horrek ekarriko duen arazo prozesala ("Kuestio aurrejudizial, esekitzaile eta debolutibo"arena). Honekin lotuta, "zuritango lege penala" ("ley penal en blanco")ren teknika askotan, gehiegi, erabilia izan da²¹: honen bitartez, delituaren ekintza tipikoa deskribatzeko, penalak ez diren kanpoko legeei erreferentzi zuzenekoa egiten zaie, ekintzaren zehagarritasuna, esaterako, erregelamendu administratiboen edukinaren menpe dagoelarik (art. 325).

Bestetik, arrisku-delituak barra-barra erabili dira²². Teknika honi esker, zuzenbide penalaren eremua haunditu egiten da, izan ere ez baita itxaroten, pena ezarri ahal izateko, benetako kaltea egon arte: lehenago -arriskua dagoenean alegia- pena ezartzen da, beraz zuzenbide penalak ekintza gehiago delitu bihurtzen du, ekintza-askatasuna murriztuz²³. Teknika hau ez da, berez, ez-zilegia: baina bakarrik salbuespenez erabil daiteke, eta ez Kode penal berrian beste.

Hirugarrenik, "zehaztugabeko kontzeptu" ("conceptos indeterminados") eta "klausula orokor" ("cláusulas generales") ugari erabiltzen dira²⁴: esaterako, 18 artikulua "cualquier otro medio"; "integridad moral" delako kontzeptua -VII. izenburuan- (zeharo berria den kontzeptua, jurisprudentziarentzat zein doktrinarentzat arrotza); "discriminación, odio..." 510 artikuluan; "motivos racistas" 22-4 artikuluan; "imprudencia grave" 142 artikuluan, etabar...

Laugarrenik, elementu subjektiboen gehiegikeria baieztatzen da: elementu subjektiboak beti elementu objektiboen osagarriak izan behar dira, izan ere, gure zuzenbide penala "egitate (objektibo) zuzenbide penala" ("derecho penal del hecho") baita, ekintzarengatik zigortzen duena, baldin eta demokratikoki hautatutako oinarritzko ondasun juridiko babestuen kontra joz gero. Ideologia, pentsamendua, ez dago berez zigortzerik, zuzenbide penal autoritarioa izan nahi ez bada. Kode penal berrian elementu hauek gehiegi erabiltzen dira²⁵.

²¹.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

²².- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

²³.- Adibide garbia, arraza-bereizkeriaren kontrako 510 artikuluan dugu: honen arabera, arraza-bereizkeriarako "probokazioa" (beraz edozein bereizkeria gertatu aurretik) delitua da.

²⁴.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 8.

²⁵.- COBO DEL ROSAL, Manuel: op. cit., 2; CORDOBA RODA, Juan: op. cit., 3.

2.2.2. ZUZENBIDE PENAL "TRADIZIONALA"REN LEGE-ARAUKETA BERRIAREN BALORAZIOA. KODE PENAL BERRIA PROGRESISTA AL DA?

2.2.2.1. ZUZENBIDE PENAL TRADIZIONALA.

MUÑOZ CONDERen ustez, oro har "desdramatizazio-joera" positiboa baieztatzen da: zuzenbide penal tradizionala "odolaren zein negar-malkoen zuzenbide penala" izan da, hots, batez ere odol-delituen zein eremu familiarrean egindako delituen zuzenbide penala. Kode penal berriarekin "desdramatizazio-joera" zenbait delitu zaharrituen desagerpenean gauzatzen da. Horrela bai parrazidioa, bai infantizidioa (edo haur-hilketa), baita lapurretaz eta gizahilketaz, edo bortxaketaz, edo lesioez, edo bahiketaz osatutako "delitu konplexua" desagertzen dira: desagertzen hauek positibotzat jo behar dira, XIX. mendeko ideiei zein eskemetan oinarritzen ziren neurrian. Gaur egun, harreman familiarrak (parrazidioan zein haur-hilketan eragina zuzenekoa daukatenak), emakumearen "rol" a, etabar, zeharo desberdinak dira, eta horrek bere eragina delituen tipifikazioan zabaldu behar zuen²⁶.

Askatasun sexualaren kontrako delituetan²⁷, berriz, balorazioa ez da hain positiboa, bortxaketa ("violación" izenekoa)ren desagertzen formalak alde negatiboa zein positiboa aldi berean dituelako. Positiboa, zeren eta, lehen, bortxaketaren bitartez, oso desberdinak, eta astuntasun oso desberdinetako ekintzak neurri berdinean zigortzen baitziren: lege-arauketa berriarekin, penak astuntasunaren arabera hobeto ezartzen dira²⁸. Beraz teknikoki hobekuntza nabarmena egon da, ekintzak zehatzago zigortzen direlako baita lege-arauketa xinpletzen delako.

Halere, balorazio negatiboa merezi duen alderdia, ikuspegi sozialetik oso erroturik zegoen izen eta instituzioaren desagertzea dugu, bortxaketa hitza alegia, oso era grafikora,

Adibide garbiak ere arraza-bereizkeriaren kontrako artikuluetan topatzea badago: esaterako, 22-4 artikuluen "por motivos racistas".

²⁶.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 9.

²⁷.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 9.

²⁸.- Art. 178-180: "**eraso sexuala**" ("agresión sexual"):
-askatasun sexualaren kontra erasotzea, indarkeriaz ("violencia") edo larderiak ("intimidación") (art. 178: 1-4 urte.);
-"acceso carnal" edo antzeko balego: astunagoa (art. 179: 6-12 urte.);
-kualifikazioak inguruabarren arabera: (art. 180: inguruabar batekin, 4-10 urte edo 12-15 urte; bi edo gehiagorekin, 10-15 urte edo 15-22'5 urte).

Art. 181-183: "**Abusu sexuala**" ("abuso sexual"). Oro har, indarkeriarik edo larderiarik ez dagoenean, ezta baimenik ere.

Art. 184: "**akoso sexuala**" ("acoso sexual").

eta indar sinbolikorekin, askatasun sexualaren kontrako erasorik astunena identifikatzen zuena. Balorazio negatiboarekin jarraituz, esan behar da, "akoso sexuala"ren delitu berriak (art. 184) ez daukala, ikuspuntu politiko-kriminaletik, batere zentzurik: ekintza hauek dagoeneko zigortuta bazeudelako, 171 artikuluan arautzen den "baldintzazko mehatxua" ("amenaza condicional" delakoa)ren bitartez ("akoso" a, azken finean, horrelako mehatxu bat besterik ez da), eta, gainera, pena astunagorekin. Delitu honen zentzua, beraz, sinboliko hutsa besterik ez da, eskaera feministak ixilarazteko.

2.2.2.2. KODE PENAL BERRIA PROGRESISTA AL DA?

GIMBERNATEk egindako kritika gogorra eta zehatzaren ondorioz²⁹, Kode penal berriaren ustezko progresismorik egon eza argi eta garbi salatu behar da. Arrazoi dezagun esandakoa.

A) EUTANASIA.

Kode penal zaharrak, 409 artikuluan, oro har eta suposamendu bereziak zehaztu barik, baimendutako gizahilketa ("homicidio consentido" izenekoa) zigortzen zuen: lege-arauketa orokor honetatik "eutanasia eraginkorra" ("eutanasia activa" izenekoa)ri buruzko interpretazio berezia egiten zen. Hots, eutanasia eraginkorraren kasuan, hau da, "gaixo sendaezin bati bere baimenarekin egindako hilketa"ren kasuan, bidezkotze-kausa ("causa de justificación") bat³⁰ aplikatu ahal zen.

Kode penal berrian, 143-4 artikuluan, eutanasia eraginkorra zehatz-mehatz aurrikusten da eta honen arabera:
-eutanasia pasiboa³¹ ez da zigortzen (kode penal zaharrear ere gertatzen zen antzera), eta
-eutanasia eraginkorra, berriz, zigortzen da.

Honek ez du lehengo egoera hobetzen: kontrakoa, egoerak atzera egiten du, izan ere, dagoeneko posible ez delako, kasu hauetan, bidezkotze-kausaren interpretazioa, lege-arauketa berezia dagoen neurrian. Gainera, zuzenbide konparatuan ez dago antzeko lege-arauketa topatzerik: mendebaldeko Europan, ala baimendutako gizahilketa oro har zigortzen da (aukera egonik, interpretazio progresista baten bitartez, eutanasia eraginkorra zigorretik kanpo uzteko), ala eutanasia eraginkorraren suposamendua bereziki arautzen da, zigorretik kanpo uzteko (inolaz ere ez, Estatu espainiarrean bezala, zigorra ezartzeko)³².

²⁹.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 6 eta 7.

³⁰.- Premiazko egoera ("estado de necesidad") hain zuzen.

³¹.- Eutanasia pasiboa, gaixo sendaezinaren bizia mantentzeko medikuntza-teknika aurreratuak **ez aplikatzean** datza.

³².- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 6.

B) ABORTUA.

Gai honi dagokionean ez da batere aldaketarik egon, Kode penal zaharreko 417 bis artikulua (indikazioenak), oraindik indarrean jarraitzen duen neurrian³³. Estatu espainiarrak, Irlandarekin batera, gai honetan lege-arauketarik hertsiena mantentzen du³⁴.

D) LESIOEN BAIMENA.

Kode penal zaharrean, 1983. urtez geroztik, 428 artikulua bitartez, bai organuen birlandatze ("transplante de órganos" izeneko)aren kasuan, bai esterilizazioaren kasuan, baita zirugia transexualaren kasuan ere, pazientearen baimenak zigorgabetasuna "lesio"entzat ekartzen zuen. Doktrinak, aipatu artikulua interpretatzerakoan, lesioen baimenak, beste kasuetan ere, efektu berbera zeukala mantentzen zuen.

Kode penal berriak, 155 artikuluari esker, baimena dagoen kasuetan, pena ezarri behar dela mantentzen du: orain arte egindako interpretazioa zaila edo ezinezkoa izango da etorkizunean, eta, horren ondorioz, esaterako, iharduera sexual sadomasokistak, baimenarekin noski, delitua izango dira³⁵.

E) INTSUMISIOA.

Jakina denez, 527 eta 528 artikuluen arabera, prestazio sozialari uko egiteagatik, 8 eta 12 urte bitarteko "erabateko desgaitasuna" ("inhabilitación absoluta") eta 12 eta 24 hilabete bitarteko isuna ezartzen da: "hilketa zibila"ren izenez bataiatua.

527 artikulua ezartzen duen bezala, honen edukinak zere suposatzen du:

-ezin da inolako lan edo kargua egikaritu, edozein administrazio, entitate edo enpresa publikorentzat edo bere organu autonomorentzat, eta
-ezin da inolako subentzio, beka edo languntza publikorik jaso³⁶.

Gure ustez, egindako azterketa orokorraren ondorioz, dudarik gabe progresismorik eza nabaria da.

2.3. ZATI OROKORRAREN BERRIKUNTZARIK GARRANTZITSUENAK.

Orain arte egindako balorazio kritikoak ez du esan nahi, kode penal berriak batere aurrerapausurik suposatu ez duenik. Dudarik gabe, aurrerapausuak ere egon dira, batez ere, Zati

³³.- Kode penal berriaren 1 a) xedapen derogatzailea.

³⁴.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 6.

³⁵.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 6 eta 7.

³⁶.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 7.

orokorrean³⁷. Ikus ditzagun garrantzitsuenak.

2.3.1. AURRETIAZKO IZENBURUA.

2.3.1.1. Legaltasun-printzipioa.

Legaltasun-printzipioa bere modu desberdinetan esanbidez aitortu da (art. eta hurr.): halere, ez da lege penalaren "zehaztasuna edo taxatibitatea"ri buruzko aipamen esanbidezkorik egiten (Konstituzio Auzitegiak alderdi hori behin eta berriro aitortu badu ere eta legaltasun-printzipioaren ondorio ezinbestekoa izan arren)³⁸.

2.3.1.2. Segurtasun-neurriak.

Edozein kasutan, aurretiazko izenburu honetan azpimagarriena, legaltasun-printzipioaren bermeak **segurtasun-neurri**ei ere esanbidez zabaltzen zaizkielakoan datza. 6. artikuluan "delitu aurretiko segurtasun-neurriak" ("medidas de seguridad predelictuales") zeharkako eran debekatzen dira, segurtasun-neurrien funtsa deskribatzerakoan (lgo lerroaldean), bi elementu galdatzen direlako: bat, segurtasun-neurriak delitugilearen arriskugarritasun krimengilean oinarritu behar direla; eta bi, aipatu arriskugarritasuna, delitu bezala aurrikusiriko egitate baten bitartez kanporatu beharra. Beraz ezinbestekoa da, segurtasun-neurria aplikatu ahal izateko, alde zuzen delitua egon beharra eta, honen ondorioz, delitu aurretiko neurririk ez dago inoiz ezartzerik.

Aipatu 6 artikulua 2. lerroaldean segurtasun-neurriei mugak ezartzen zaizkie, penak dituen bermerekin parekatuz. Batetik, segurtasun-neurriek ezin dute, egindako ekintzari aplikatu beharreko pena abstraktoak baino gehiago iraundu. Gogoratu behar da, Kode penal zaharrean zenbait kasutan (esaterako, 16 eta 18 bitartekoei aplikatu beharreko lege-arauketa berezian -art. 9-3/65-) teorikoki "zehaztugabeko segurtasun-neurria" ezartzeko aukera barnebiltzen zela (praktikan aplikatzen ez bazen ere, interpretazio murrizkorra eta kontituzioarekin bat zetorrena egitearen ondorioz). Orain, deskribatutako berme eta muga berriei esker, arazo hori, zorionez konpondu da³⁹.

³⁷.- RODRIGUEZ RAMOS, Luis: op. cit., 10.

³⁸.- GARCIA PABLOS, Antonio: op. cit., 1995, 236.

³⁹.- Kode penal berrian, 19 artikuluan, adin penala 18 urtetan ezarri nahi baldin bada ere, oraindik ez da artikulua hau (19. alegia) indarrean sartuko, hain zuzen adintxikikoaren erantzunkizun penalari buruzko lege berria onartua izan arte (7. azken xedapenaren 2. lerroaldea). 19 artikulua, beraz, indarrean sartzen ez denez, 69 artikulua ere indarretik kanpo gelditu beharko da (artikulu honetan 18 eta 21. urte bitartekoei, adintxikikoaren legearen xedapenak ere aplikatu ahal izango zaizkiela ezartzen da, lege horretan bertan ezartzen diren baldintzetan). Adintxikikoaren lege berria onartua izan arte, Kode penal zaharreko adintxikikoari buruzko lege-arauketak indarrean jarraitzen du (1. -a- xedapen

6. artikuluz gain, Igo liburuaren IV izenburuan ("De las medidas de seguridad" -art. 95 eta hurr.-) "egotzezinei zein erdi-egotzezinei" ("inimputables" "semi-inimputables" izenekoei)⁴⁰ dagozkien segurtasun-neurrien lege-arauketa zehatza eta luzea aurrikusten da, aipatu bermeen ardura erakusten duena. Lan hau ez da, gai hori sakonki jorrazteko egokiena: horregatik, eta balorazio orokor bezala, azpimarratuko genuke, besterik gabe, bermeak barnebiltzen badirela ere, zenbait alderditan epaileei erabakimen gehiegi ematen zaiela⁴¹.

2.3.1.3. Lege-pilaketak.

Azkenik, aurretiazko izenburu honen barruan, **lege-pilaketari** ("concurso de leyes") buruzko lege-arauketa berria aipatu behar dugu. Kode penal zaharrean ez zen lege-pilaketarentzat, erizpide bat baino aurrikusten, zeinen arabera, bi lege aplikagarri suertatuz gero, astunena aplikatu behar baitzen (art. 68, Kode penal zaharrekoa). Doktrinak zenbait erizpide proposatzen zituen, Jurisprudentziak ere erabiltzen zituenak. Kode penal berrian, 8 artikuluan, erizpide horiek onartuak izan dira. Beraz, bi lege aplikagarri direla "ematen" duenean (itxurazko pilaketa), berezitasun-printzipioa, subsidiaritasun-printzipioa edo kontsunsio-printzipioa aplikatu ahal izango dira lehenik eta behin, eta, bakarrik, aipatu erizpideak baliogarriak ez direnean, "alternatibitate"arena, hots, legerik astunena⁴².

derogatzailea): hots, 8-2/9-3/65 baita erantzunkizun zibilari buruzko 20-1 eta 22-2 artikuluek.

⁴⁰.- Segurtasun-neurriak bakarrik egotzezinei (erabatekoei, edo erdi-erabatekoei) aplikatu ahal zaizkie, 20. artikulua 1go, 2go eta 3go lerroaldetan daudenei hain zuzen (edo egotzezin horiekiko salbuesle ez-osoaren kasuan -art. 21-1-).

Gogoratu behar da, adintxikikoaren kasuak tratamendu berezia izango duela, honen lege berria onartzen denean (19. artikulua). Bitartean, 8-2 eta 9-3/65 artikuluek, Kode zaharrekoak, aplikatu behar dira, segurtasun-neurriak ere aurrikusten dituztenak (bereziki kontutan hartu beharrekoa, 4/1992.eko ekainaren 5eko Lege Organikoa dugu, adin txikikoari -12 eta 16 urte bitartekoari zehatz mehatz- aplikatu beharreko segurtasun-neurri berriak ezartzen dituen).

⁴¹.- Gai honi buruzko aldaketen ikuspegi orokorra lortzeko begiratu BIGERIEGO GONZALEZ-CAMINO, Ignacio: "El sistema de medidas de seguridad" *LA LEY*, Año XVII. Número 3961, 1 eta hurr. Sakonago MIR CERESO, José: "Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código penal de 1995", *LA LEY*, Año XVII. Número 4063, 4 eta 5.

⁴².- DELGADOK honi buruzko ikuspegi orokorra eta balorazio positiboa ematen ditu: DELGADO GARCIA, Joaquín: "Los concursos en el derecho penal", *LA LEY*, Año XVII. Número 3969, 1 eta hurr.

2.3.2. LEHENENGO LIBURUA.

2.3.2.1. I IZENBURUA ("De la infracción penal") - I ATALBURUA ("De los delitos y faltas").

A) Ezegitea.

Kode penal zaharrean, berrian bezala, legegileak "ezegite hutsa" ("omisión pura") zenbait artikulutan aurrikusten zuen⁴³: ezegite mota honi buruzko zehagarritasunaren zilegitasuna inoiz ez da eztabaidatua izan, beti legegileak esanbidezko delitu baten bitartez zigortu behar duen neurrian. "**Ezegitearengatiko egitea**"ren ("comisión por omisión") kasuan, berriz, betidanik arazoak egon dira eta hauen zehagarritasunari buruzko polemika ere aspaldidanik zabaldurik egon da⁴⁴.

Arazoa bazen, ezegitearengatiko egitearen bitartez, emaitza jakin bat egozteko aukera zabaltzen zela, itxuraz legeak esanbidez horretarako baimenik eman gabe. Esaterako, baten batek beste bat hiltzen du, trenbideetako orratzen arduraduna delarik, biktima trenean doala jakinaren gainean egonik, orratzak ez mugitzearen bitartez. Kasu honetan, ikuspegi sozial batetik, argi zegoen "egilea" zela, hil zuela, baina "egozpen objektiboa" ("imputación objetiva") ezin zen egin, emaitzako egite-delituetan bezala, emaitza egonik ere, kausalitate-harremanik ez zegoelako (trenbideetako orratzen arduradunak ez du "ezer" egiten).

Kausalitate-harremanaren faltan, Doktrinak ezegitearengatiko egitearen tipikotasun-eskema berezia proposatzen zuen, "berme-egoeran" ("posición de garante" delakoan) oinaritzen zena⁴⁵. Edozein kasutan, Doktrinak sortutako asmakizun bat zen neurrian, hain zuzen erruztatuaren kontrakoa, Doktrinaren zati batek ez-zilegitzat jotzen zuen, legaltasun-printzipioaren aurkakoa izateagatik.

Doktrinak proposatutakoari jarraiki⁴⁶, Kode berriaren legegileak Zati orokorreko artikulua baten bitartez, ezegitearengatiko egitea esanbidez aitortu du, legaltasun-printzipioaren ikuspuntutik zeuden arazoekin bukatuz. Hori 11 artikuluan aurrikusten da eta horrelako legezko baimena orokorra egotearena positibotzat jo behar da dudarik gabe.

Halere, 11 artikulua edukin zehatza -ez existentzia-kritikatu beharra dago: kritika nagusia, "berme egoera"ren definizioaren ingurukoa da. GIMBERNATEk dioen moduan, 11 artikulua badirudi, MEZGER egile alemanak 1933 urtean

⁴³.- Adibiderik klasikoena, "lagundu beharraren ezegitea" ("omisión del deber de socorro" -gaurko art. 195 eta 196; lehengo 489ter-).

⁴⁴.- Begiratu MIR PUIG, Santiago: op. cit., 324 eta hurr.

⁴⁵.- MIR PUIG, Santiago: op. cit., 332 eta hurr.

⁴⁶.- MIR PUIG, Santiago: op. cit., 329.

mantentzen zuen "eginbehar juridikoaren teoria formal"ean oinarritzen dela, aspaldidanik krisialdian eta ondorioz baztertua izan dena hain zuzen ere. Teoria honen esanetan, berme egoera dagoen ala ez baieztatzeko erabiltzen diren erizpideak formalak dira: baieztatu beharko da ea iturri formaletan -legean, kontratuan edo aldez aurretiko ihardueran- berme egoera oinarritu ahal den. Teoria hau Doktrinan aspaldidanik abandonatu da, honen ordez, erizpide materialak bilatzen saiatuz, "funtzioen teoria"ren arabera hain zuzen ere.

Legegileak, gaietan polemika dagoen bitartean, ahalik eta aukeraketa neutroena egin beharko luke: kasu honetan nahikoa izan zitekeen aitorpen orokorrarekin. Baina berme egoerari buruzko aukeraketa eginez gero, behintzat, Doktrinarik modernoena eta gehiengoak proposatzen duenaren hildotik joan beharko zukeen⁴⁷.

B) Zuhurtzigabekeria.

Kode penal zaharraren arabera, **zuhurtzigabekeria** ("imprudencia") arautzeko erabiltzen zen sistema, klausula orokorrarena zen. Hots, lehengo 565 artikulua arabera, teorikoki, delitu guztien zuhurtzigabekeria aurrikusten zen. Kode penal berriaren alderdirik positiboenetariko bat, zuhurtzigabeko delituak arautzeko sistema berriarena da. Zuzenbide konparatuaren joerari jarraiki, batez ere Alemaniarenari, "numerus clausus" sistema edo "esanbidezko tipifikazioaren sistema" onartu da⁴⁸. Honen arabera, delitu baten zuhurtzigabeko egitea bakarrik zigortu ahal izango da, baldin eta legegileak esanbidez dagokion deluzko delituan honen aukera tipifikatzen bada⁴⁹. Esandakoa, 12 artikuluan ezartzen da.

Delitu hauetan pena zehazteko modu berezia ere desagertu da, eraentza orokorrarekin parekatuz eta, zorionez, xinpletuz.

D) "Iter criminis": delitu ezinezkoa (saikuntza) eta prestamen-ekintza zehagarriak.

"Iter criminis" izeneko arloan aldaketa garrantzitsuak eta arriskutsuak gertatu dira. **"Delitu ezinezkoa"** ("delito imposible" delakoa)ren aipamen esanbidezkorik kode penal berritik desagertu da: kode penal zaharrean, 52 artikulua 2. lerroaldean, honi zegokion pena ezartzen zen, batere definiziorik eman barik. Kode penal berrian honen aipamena desagertzean bi interpretazio posible daude. Bata, delitu ezinezkoa dagoeneko delitua ez dela. Interpretazio honen

⁴⁷.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 4.

⁴⁸.- LUZON PEÑA, Diego-Manuel: Curso de Derecho Penal. Parte General I, Madrid, 1996, 524.

⁴⁹.- Esaterako, 142 artikulua (zuhurtzigabeko gizahilketa): tipifikaturik ez balego, ez litzateke zehagarri izango.

arabera, GIMBERNATEk dioen moduan⁵⁰, hurrengo ekintza hauek, besteen artean, zigorrik gabe geratuko lirateke: neska txiki baten kontrako bortxaketaren "saiakuntza" ("tentativa"), aurrera eraman ezin dena, bortxatzailearen organu sexualen eta haurraren arteko desproporzioagatik; lehergailu-lapa baten bitartez saiatutako atentatua, lehertzen ez dena, lehergailuaren akats tekniko txiki batengatik...

Bigarren interpretazioaren arabera, delitu ezinezkoa, saiakuntza mota bezala kontsideratzearen ondorioz, egungo 16 artikuluari esker zigortu ahal izango litzateke. Aipatutako adibideen ekintzak zigorretik kanpo gelditzeko arriskua kontutan harturik, badirudi bigarren interpretazio hau inposatuko dela⁵¹.

"Prestamen-ekintzetan" ("actos preparatorios" delakoetan) aldaketa funtsezkoa egon da. Kode penal berriaren 17 eta 18 artikuluetan "konspirazioa", "proposamena" eta "probokazioa" definituta aurkitzen dira. Dagozkien penak, berriz, ez daude kode penalaren Zati orokorrean zuzenean aurrikusirik, izan ere Kode penalak berak esaten baitu, delitu bakoitzean ekintza hauek delitu diren ala ez erabakiko dela eta hala izanez gero, Atal Berezian dagoen pena ere ezarriko dela. Beraz prestamen-ekintzak zigortzeko sistema aldatu da, "numerus clausus" delakoa onartuz: hots, aipatu ekintzak bakarrik -eta salbuespenez-, Kodeak esanbidez dioenean, zigortuko dira.

Historikoki beti ez da, prestamen ekintza berezi hauek zigortzeko erregela hori mantendu. Oro har, lege penalak, egoera politikoaren arabera, zuzenbide penalaren objektua gehiago ala gutxiago zabaltzen zuen eta horrek eragina zuzenekoa zuen, konspirazioaren, proposamenaren zein probokazioaren lege-arauketaren teknikan. Beraz liberalak ala autoritarioak agintean zeudenaren arabera, oro har ala delitu gutxi batzuetarako baino ez ziren konspirazioa, frustrazioa eta proposamena aurrikusten. Hau da, autoritarioek konspirazioa, frustrazioa eta proposamena zigortzeko klausula orokorra erabiltzen zuten. Liberalekin, berriz, Zati bereziaren delitu gutxi batzuetarako baino ez ziren aipatu prestamen-ekintzak zigortzen.

Kode penal berrian, zorionez, Kode penal zaharraren joera autoritaria gai honetan desagertu da⁵²: konspirazioa, proposamena eta probokazioa ez dira zigortzen, delitu zehatz batean hala esanbidez aurrikusten ez bada. Gai honetan -beste hainbat gaitan bezala- joera liberala berreskuratu da, Doktrinarik modernoena zein gehiengoak behin eta berriro

⁵⁰.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 5.

⁵¹.- Horretarako, GIMBERNATEN ustez, 16 artikuluen interpretazio berezia egin behar delarik. Op. cit., 4 eta 5.

⁵².- GOMEZ RIVERO, Maria del Carmen: "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación" *LA LEY*, Año XVII. Número 3959, 1.

galdatzen zutenari jaramon eginez⁵³. Aldaketa honen garrantzia oso haundia da, batez ere Estatu demokratikoaren ikuspuntutik: zenbat eta aurrerago zigor penala eraman, hainbat eta arrisku haundiago dago, eritzia soil-soilik eta ideologia soil-soilik zigortzeko. Horregatik eremu honetan zigorra salbuespenezkoa izan behar da.

Baina horretaraino balorazio positiboa, ona, ailegatzen da: izan ere, prestamen-ekintza hauekin loturik, bi alde oso negatiboak ere badaude, aipatutako aurrerapauso positiboa ezerezean utzi ahal dutenak.

Batetik, probokazioa definitzerakoan "apologiarekin" lotzea. Apologia (18-1 artikulua bigarren leerroaldean), delituak edo delitugileak publikoki goraipatzean datza. Edozein kasutan, apologia zigortuz, eritzia bera zigortzen da. MIR PUGIEk dioen bezala: delituaren apologia ez dago onartzerik, zeren eta "zehagarritasunaren mugak norberaren eritzia eremuraino aurreratu egiten baitira"⁵⁴. Hau da, probokazioaren edukia, kode penal zaharrarekin konparatuz gero, haundiagotzeko arriskuan dago, apologiarekin parekatzearen ondorioz, eta hori joera liberalaren logikaren kontra doa zuzen-zuzenean, baita Estatu demokratikoaren logikaren kontra ere⁵⁵.

Bestetik, nahiz eta bakarrik "salbuespenez" aipatu hiru prestamen-ekintzak zehagarriak izan, praktikan Zati berezian legegileak askotan teknika horretaz probetxatu da: hots, delitu askoren kospirazioa, proposamena edo probokazioa delitutzat jo ditu⁵⁶.

Konklusioa: ondo dago eta balorazio positiboa merezi du, kospirazioa, proposamena eta probokazioa bakarrik salbuespenez zigortzeak. Baina onartu ezin dena, bada, probokazioaren edukia hainbeste zabaltzea (apologiaren bitartez), eta gainera, salbuespenezko eraentza praktikan Atal Brezian arau orokorra bihurtzea.

2.3.2.2. I IZENBURUA ("De la infracción penal") - II ATALBURUA ("De las causas que eximen de la responsabilidad criminal").

⁵³.- MIR PUIG, Santiago: op. cit., 359.

⁵⁴.- MIR PUIG, Santiago: op. cit., 359.

⁵⁵.- Apologiari buruzko lege-arauketa berriaren aurreko postura kritikoa ere QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Curso de Derecho Penal, Barcelona, 1996, 459. Aldeko balorazio positiboa, berriz, GOMEZ RIVERO, Maria del Carmen: op. cit., 3.

⁵⁶.- Esaterako, genozidioaren kasua: XXIV. izenburuaren delitu **guztien** kospirazioa, proposamena zein probokazioa zehagarriak dira (615 art.). Gainera, genozidioaren kasuan, jadanik 607-2 artikuluan prestamen-ekintza bat delitu moduan aurrikusita dago, beraz 615 artikulua klausula orokorraren ondorioz "**prestamen-ekintza baten prestamen-ekintza**" zigortzen da. Hau ez dago, inolaz ere, onartzerik.

Bidezkotze-kausetan zein erruduntasuna eskluditzen duten kausetan hurrengo aldaketa garrantzitsuak gauzatu dira:

A) BIDEZKOTZE-KAUSAK.

"Legebidezko defentsan" ("legítima defensa" -art. 20-4-) zein "premiazko egoeran" ("estado de necesidad" -art. 20-5-) ia aldaketarik ez da egon, lehengo idazketak ia hitzez-hitz mantentzen direla⁵⁷. "Zor den obediencia" ("obediencia debida"), berriz, formalki ezabatua izan bada ere, gure ustez honen problematika "eginbehar baten betetzea"ren bitartez ("cumplimiento de un deber" -art. 20-7-), honen mota berezi bezala, bideratu ahal izango da. Eginbehar baten betetzeaz gain, "eskubide baten bidezko egikaritzea" ("ejercicio legítimo de un derecho") artikulua berberean, Kode penal zaharraren modura, aurrikusten da.

B) ERRUDUNTASUNA ESKLUDITZEN DUTEN KAUSAK:
EGOZGARITASUNAREN AIPAMEN BEREZIA⁵⁸.

Bestelako portaera baten galdagarritasunean oinarritzen den **beldur menperaezinean** ez da aldaketa funtsezkorik gertatu (art. 20-6).

Debekuzko errorearen kasuan (art. 14), idazketa aldatu bada ere, interpretazioa ez da aldatuko⁵⁹: edozein kasutan bi alderdi, bereziki, kritikatzekoak dira. Lehenik, ez da ulertzen 1983 urtean erroreari buruz sartutako lege-arauketa, legegile sozialistak egindakoa gainera, zergatik orain berriro ere aldatu behar den. Horrek erakusten du, legegilearen orientaziorik eza. Eta, bigarrenik, segurtasun juridikoaren mailari ez zaio batere garrantzirik ematen, Jurisprudentiaren zein Doktrinaren, lehengo lege-arauketa interpretatzeko ahalegina ezerezean, arrazoirik gabe, uzten delarik⁶⁰.

Egozgarritasunaren eremuan aldaketa oso garrantzitsuak gertatu dira. Erruduntasunaren teoria desberdinen artean,

⁵⁷.- Gertatutako aldaketak "sektarismo"aren isladak besterik ez dira, GIMBERNATEN ustez: legebidezko defentsan "falta" hitza, ondareen kontrako erasoaren aurreko legebidezko defentsaren kasuan, sartu da (joera etiko-sozialaren kontra doana, ondareen kasuan legebidezko defentsaren eremua gehiegi haundituz); premiazko egoeraren kasuan "impulsado" hitza ezabatu da, oraindik zabalik dagoen elementu subjektiboari buruzko polemika ixteko asmotan. GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 5.

⁵⁸.- Adin txikikoari buruzko aipamena dagoeneko segurtasun-neurrien testuinguruan egin da eta ez da hemen berriro ere ikutuko.

⁵⁹.- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Problemas del error", LA LEY, Año XVII. Número 4056, 8 eta hurr.

⁶⁰.- GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 7.

"askatasunaren teoria" onartu da, egozgarritasuna hurrengo bi gaitasunetan oinarritzen den neurrian. Batean: ekintzaren zuzenbidekontrakotasuna ulertzeko gaitasunean, eta, bigarrean, ulermen horren arabera ekintza zuzentzeko gaitasunean. Bigarren gaitasun honen edukiak, gizabanakoaren askatasuna (ekintza zuzentzekoa) aurreuposatzen du. 20-1 eta 2 artikuluetan argi eta garbi bi gaitasun horiek galdatzen dira. Interpretazio hau dagoeneko Auzitegi Gorenak erabilitakoa izan arren, eta Alemanian, esaterako, formula berbera erabiltzen bada ere, guztiz kritikagarria da, izan ere, frogaezina den teoria baita. Nola frogatu ahal da, ekintza egin zen unean, beste ekintza bat egiteko aukera egon zenentz?⁶¹.

Lehenko "enajenación" hitza zaharkituaren ordean, formula orokorrago bat onartu da, zenbait interpretazio arazo konponduko dituen⁶². Edozein kasutan ez da psikotikoen (kriminologia modernoan "soziopatak" deituak) arazoa konpondu: hauen kasuan ez daude aipatu gaitasunak ukituak -inteligentzia eta borondatea ez daude ukituak- sentimenduen alorra baizik. Teknikoki hauek, beraz, ezingo dira 20-1 artikulua salbuesle osoaz probetxatu, gure ustez, Estatu sozialaren ikuspuntutik atzerapausua suposatzen duena, psikotiko hauek, askoz hobeto, segurtasun-neurrien bitartez tratatuak izan ahalko liratekelako, penaren bitartez baino.

Berrikuntzarik haundienetarikoa, "edari alkoholikoak, droga toxikoak, estupefazienteak, substantzi psikotropikoak edo, antzeko efektua eragiten duten beste substantziak" sortzen duten **erabateko intoxikazioa** salbuesle berri batean integratzearena izan da, gainera "**abstinentzi sindromea**"rekin batera (20-2 artikulua). Kode penal zaharrean "buru nahaste iragankor"etik ("trastorno mental transitorio" delakotik) drogamenpekotasunaren problematika zailtasunez bideratzen zen, gehienetan salbuesle osoa onartzen ez zela. Kode penal berrian drogamenpekotasunaren tratamendua, berriz, arrazionalizatu egin da, ikuspegi teknikitik salbuesle berria sortzeak balorazio positiboa merezi duela⁶³.

2.3.2.3. II IZENBURUA ("De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas").

Kode penal zaharrean "estalpena" ("encubrimiento") Zati orokorrean (I liburuan) eta "errezetazioa", berriz, delitu

⁶¹.- MIR PUIG, Santiago: op. cit., 584 eta 585. GIMBERNAT, Enrique: op. cit., 5.

⁶².- 20-1 artikulua formala -erotasun motak izendatzekoa- hurrengo hau da: "cualquier anomalía o alteración psíquica". Formula horren arabera, erotasun mota guztiak barnebildurik gertatzen dira (lehen, "enajenación" hitzak literalki mota batzu besterik barnebiltzen ez zituela). MIR PUIG, Santiago: op. cit., 604 eta hurr.

⁶³.- Aitzitik, ikuspegi kritikoa MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel: "La imputabilidad", LA LEY, Año XVII. Número 3957, 5 eta 6.

independente bezala, Zati berezian (II liburuan) aurrikusten ziren. Edozein kasutan bi lege-arauketak, estalpenarena eta errezeptazioarena, oso antzekoak zirenez, Doktrinak behin eta berriro biak Zati berezian integratzeko eskatzen zuen. Beste alde batetik, ez zuen estalpenak, partaidetza mota bezala, batere logikarik, izan ere estalpena delitua egin ondoren aurrera eramaten baita, eta partaidetzak, aitzitik, oraindik bukatugabeko delitu batean parte hartzeak suposatzen du (hau da, partaidetzak ez du zentzurik dagoeneko bukatu den ekintza baten kasuan).

Horregatik, Kode penal berrian errezeptazioaren lege-arauketa delitu independente bezala mantentzeaz gain⁶⁴, estalpena ere Zati berezian integratu da⁶⁵. Beraz ez da jadanik partaidetza-motarik⁶⁶.

2.3.2.4. III IZENBURUA ("De las penas").

Kode penal berriaren aldaketarik garrantzitsuenetariko bat pena-sistema berrian aurkitzen dugu. Pena-helburuen teoriatik egindako planteamendua egokia da, "aurrezaintza orokorra", "berezia" zein "erretribuzioa" kontutan hartzen baitira, pena-helburuen teoria modernoetatik abiatuz. Orientazio orokorra egokia bada ere, aurrezaintza orokorraren zein aurrezaintza bereziaren gehiegikeriak baieztatzen dira, kritikatzekoak direnak⁶⁷. Azter ditzagun laburki.

A) AURREZAINNTZA OROKORRAREN GEHIEGIKERIAK.

1- Presoaldiaren iraupen gehiegizkoa.

36 artikulua arabera, presoaldiaren iraupen gehinezkoa 20 urtetan ezartzen da. Baina -eta hori kritikatzeko da-salbuespen asko ezartzen dira⁶⁸.

Gainera "lan eginez penak luditze" ("redención de penas

⁶⁴.- XIII. izenburuaren barruan ("Ondarea zein ordena sozioekonomikoaren kontrako delituak") XIV atalburuan (art. 298 eta hurr.).

⁶⁵.- Hain zuzen XX izenburuaren ("Juztizi-Administrazioaren kontrako delituak") III atalburuan ("Del encubrimiento" -art. 451 eta hurr.-) aurrikusten da.

⁶⁶.- Arlo honetan egondako aldaketen berri sakonagoa DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel: "Autoría y participación", *LA LEY*, Año XVII. Número 3984, 1 eta hurr.

⁶⁷.- CERESO MIR, Jose: op. cit., 2.

⁶⁸.- Besteak beste: errebelamenduan -art. 473- ; errege zein honen senideen kontrako gizahilketan -art. 485-; kanpoko Estatuburu baten kontrako gizahilketan edo nazioarteko itunek babesturiko beste pertsona baten kontrakoan -art. 605-1; baita terrorismoaren kasuan -art. 572- zein genozidioan -art. 607-1- edo asasinatzean -art. 140-. CERESO MIR, Jose: op. cit., 2.

por el trabajo" delako)aren instituzioa desagertu dela kontutan harturik⁶⁹, 15 urte baino gehiagoko "benetako presoaldia"k egongo dira. Hau kritikatzekoa da, 15 urte eta gero, presoaren psikismoa betiko desorekatu suertatzen dela dagoeneko frogatu delako, gizatasun-printzipioaren kontra doana (Konstituzioaren 15 artikulua kontrakoa, beraz, "pena edo tratu ez-gizatiar edo degradakorra" den neurrian) baita bergizarteratzearen helburua ezinezko bihurtzen duena.

2.- 78 artikulua berria: penen "benetako betetzea".

Esandakoarekin loturik, 78 artikulua berria aipatu behar dugu. Honen arabera, baldin eta 76 artikulua mugak kontutan hartzearen ondorioz⁷⁰, BENETAN ezarritako pena, EPAIETAN EZARRITAKOEN ERDIA BAINO GUTXIAGO balitz, epaileak edo auzitegiak "presondegia-onuraz" ("beneficios penitenciarios" delakoetaz) zein "askatasun baldintzatu" ("libertad condicional" delako)az⁷¹ probetxatzeko epea, epaietan ezarritako penen arabera izan beharra ezarri AHALKO du. Honek, askatasun baldintzatuaz zein presondegizko onuraz probetxatu ezin izateko aukera teorikoa ahalbideratzen du, kondena osoaren "benetako betetzea" errealitate bihurtuz

Edozein kasutan, esandakoa gertatzeko, erabakia, kondenatuaren arriskugarritasunean oinarritu beharko du epaileak batetik eta bestetik, gero, beti "zaintza-epaile" ("juez de vigilancia" delako)ak eraentza orokorra aplikatu ahal izango du⁷².

Artikulu hau "cumplimiento íntegro de las penas" delako polemika politikoarekin lotu behar da eta presoaldiaren iraupena gehiegi luzatzen duen neurrian, guztiz kritikatzekoa⁷³.

B) AURREZAINNTZA BEREZIAREN AURRERAPAU SUAK ETA GEHIEGIKERIAK.

⁶⁹.- Honen arabera, gartzelan lan egindako bi egunengatik egun bat gutxiago betetzen zen, beraz kondenaren 1/3 ez zen inoiz betetzen.

⁷⁰.- "Delitu-pilaketa" ("concurso de delitos") errearen testuinguruan, benetan ezartzen den penak, gehienez, hurrengo bi mugak errespetatu beharko ditu: ezarritako penarik astunena hirukoiztua baino gutxiagokoa izan beharra eta inoiz ez 20 -edo 25, 30- urte baino gehiagokoa izatea. (art. 76).

⁷¹.- Kode penal berriaren 90 art. eta hurr., zein "Presondegia-erregelamendu" berriaren 192 art. eta hurr. (190/1996ko Erret Dekretua, otsailaren 9koa, maiatzaren 25etik aurrera indarrean).

⁷².- Kondenatuaren ezaugarri pertsonalen (1), tratamendu "berhezitzaile" ("reeducativo")aren eboluzioaren (2) zein birtxertaketa sozialaren pronostikoaren arabera oinarrituko beharko duela, Ministeritza Fiskala entzun eta gero (art. 78).

⁷³.- MUÑOZ CONDE, Francisco: op. cit., 9.

AURRERAPASUAK. Gehiegikerirekin hasi aurretik, azpimarratu behar da, oro har, aurrezaintza bereziaren ikuspuntu honetatik, Kode penal berriak aurrerapausu nabarmena suposatu duela: ikus dezagun zergatik.

6 hilabete behetiko "pena askatasun-gabetzaile" ("pena privativa de libertad")ak desagertu dira: eta "graduak" behera egitearen ondorioz, pena abstraktu bat 6 hilabetetik beherakoa suertatzen bada, orduan "ordezkaketa" ("sustitución")⁷⁴ legez nahitaezkoa izango da. Hau positibotzat jo behar da, astunak ez diren kasuotan kartzelatik pasatzea ebitatzen den neurrian (beste preso arriskutsuengandik eragina txarra ebitatuz; lana galtzea ebitatuz; familiarekiko zein kanpoko munduarekiko harremanak mantenduz...)⁷⁵.

Beste alde batetik, esan bezala, pena askatasun-gabetzailearen "egikaritzaren esekipen"az (art. 80 eta hurr.)⁷⁶ gain, "ordezkaketa" (art. 88 eta hurr.) instituzio berri bezala sortu da: honen arabera, arau orokor bezala, urte bateko presoaldiaren ordezkari baldintza beterik⁷⁷- asteburuko atzipenaldiak edo isuna ezarri ahal izango dira.

Baita positibotzat jo behar da, pena berri bezala, asteburuko atzipenaldia (art. 37) zein "gizartearen aldeko lanak" ("trabajos en beneficio de la comunidad" -art. 49-) egotearena. Edozein kasutan, azken bi pena hauen arrakasta, azpiegitura material egokia sortzearen menpe egongo da. Hemendik etorri da, pena berri hauei buruzko kritikarik haundiena, praktikan arazo ugari sortu ahal direlako⁷⁸.

Isunaren sistema berriak ere, "egun-isuna" ("días-multa") sistema deituak (art. 50 eta hurr.), balorazio positiboa merezi

⁷⁴.- "Asteburuko atzipenaldia" ("arresto de fin de semana") ala isuna ezarriz (art. 71-2/88).

⁷⁵.- CEREZO MIR, José: op. cit., 2.

⁷⁶.- "Baldintzapeko erremisio" a ere deitua. Komunikabideetan ezezik, esparru juridikoan ere (euskaraz zein gazteleraz) "baldintzapeko kondena" edo "condena condicional" etengabe erabiltzen dira: ikuspuntu tekniko batetik ez da zehatza, benetan kondena esekitzen ez delako (kondena egon badago), kondenaren egikaritzea baizik.

⁷⁷.- Delitugileak ezin dira "ohizko delitugileak" izan ("reo habitual" izateko baldintzak: art. 94). Baldintza horretaz gain, batetik, alde aurretiko entzunketa egon behar da alderekin eta, bestetik, bai erruztatuaren inguruabar pertsonalen arabera, bai ekintzaren izaeraren arabera, eta baita erruztatuaren ihardueraren arabera (batez ere honek, kaltea erreparatzeko egindako ahaleginaren arabera hain zuzen ere) ordezkaketa erabakiko da.

⁷⁸.- SANCHEZ GARCIA, Isabel: "El sistema de penas (I)", LA LEY, Año XVII. Número 4010, 3, 4.

du, isunak suposatzen duen gaitza, jasotzailearen ondarearen arabera, egokitu egiten baita, horrela bakoitzak daukanaren arabera ordaindu beharko duelarik. Ikuspegi praktiko batetik, moduren bat bideratu beharko da, epaileek erruztatuen benetako egoera ekonomikoa ezagut dezaten (esaterako, Ogasun Sailari eta Bankuei informazioa eskatuz⁷⁹).

GEHIEGIKERIAK. Gehiegikeriak, ordezkateta berezian batetik, eta baldintzapeko erremisioaren eremuan bestetik, baieztatzen dira⁸⁰. Ordezkateta, aipatu suposamendu orokorraz gain, 2 urteko presoaldiaren kasuan ere, salbuespenez bada ere, ezarri ahal da (art. 88-1-2. lerroaldea). Baina, hori bai, ordezkateta berezi hau bakarrik emakida daiteke, bergizarteratze sozialaren ikuspuntutik arrazoi bereziak⁸¹ gertatzen direnean (baita ohizko delitugilea izan ezean). Hau kritikatzekoa da, ordezkateta-eremua gehiegi zabaltzen delako. Eta zabalkeri hori behar bezala ulertu ahal izateko, kontutan hartu behar da, 2 urteko presoaldia esaten denean, pena zehatzari erreferentzia egiten zaiola, beraz, delitu astunetan (3 urte baino gehiagoko⁸² presoaldiarekin mehatxatutakoak hain zuzen -art. 33-2a-) ere ordezkateta aplikatu ahal izango dela.

Berdin gertatzen da baldintzapeko erremisioaren eremuarekin: hemen ere, 2 urteko pena⁸³ askatasun-gabetzailearen egikaritzea esekitu ahal da eta gainera arau orokor moduan⁸⁴.

3.- KONKLUSIOA.

Lan honetan zehar, sarreran esaten genuen bezala, Kode penal berriari buruz sortzen ari den iritzi eta balorazioak aurkeztu nahi izan ditugu. Gai guztiak ukitzea zein ukitutako gaiak sakontasunean jorratzea ez zen inolaz ere gure helburua, une honetan hori oraindik ezinezkoa delako. Hala eta guztiz ere, gure ustez, frogaturik geratu da, Kode penal osoari buruzko balorazio bakarra egitea hain erreza ez dela, alde positibo eta negatiboak dauden neurrian.

Edozein kasutan, Kode penal berri honek aurrean zuen egoera juridiko-penala kontutan harturik (funtsean XIX. mendeko kode penal bat) eta gaur egun bai Jurisprudentziak, bai

⁷⁹.- CEREZO MIR, Jose: op. cit., 3.

⁸⁰.- CEREZO MIR, Jose: op. cit., 2 eta hurr.

⁸¹.- Hots: presoaldia betetzearen ondorioz, bergizarteratze- zein helburuak aurrezaintzaileak lortuko ez balira.

⁸².- Pena abstraktua.

⁸³.- Pena zehatza.

⁸⁴.- Art. 80-1 eta 81-2.

Zenbait kasu berezitan 3 urteko pena askatasun-gabetzaile zehatzak ere esekitzea badago (art. 87).

zientzia penalak duen heldutasun-mailaren jakinaren gainean egonik, kritika negatiboa egitera beharturik ikusten dugu gure burua. Zati orokorrean eta Zati berezi tradizionalaren gai batzuetan baieztatutako aurrerapausu teknikoek ezin dituzte, inolaz ere, konpentsatu, Zuzenbide penal modernoaren eremuan aurrera eramandako politika-kriminal berriak sortuko dituzten arazoak. Arazoak deskribatzen ahalegindu gara horrialde hauetan zehar, funtsean, legaltasun-printzipioaren deuseztapenean zein "ultima ratio" printzipioaren zokoratzean laburtzekoak direnak.

Gure aburuz, justizian zein efikazian oinarritzen den Kode penala sortzeko aukera historiko bat galdu da, Kode penal sinboliko hutsari hainbat gaitan lehentasuna ematearen ondorioz. Eztabaida juridiko serio, anitz eta sakon (urte batean ezinezkoa dena) batekin loturik, benetako arazoak eta dagozkien irtenbideak aurrez-aurre eduki beharrean, askotan "eritzi publiko"aren beldurrak kontutan hartu eta manipulatu dira, Kode penala, azkenik, eritzi publiko horri "mezuak" -ez irtenbideak- bidaltzeko erabilia suertatu delarik.

Esanik esanda, eta etorkizunari begiratuz, oraindik zeregin bikoitza badugu aurretik, hasi besterik egin ez dena: hots, Kode penal berriaren aurrerapausuak identifikatzea eta sendotzea batetik eta, bestetik, joera sinbolikoaren aztarna guztiak identifikatzea ere, ahal den neurrian haien eragina indargabetzeko. Espero dezagun, lan honek aipatutako zereginari neurri xume batean bederen lagundu izana.