



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE FAKULTATEA-FACULTAD DE DERECHO

Hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen babeserako Zigor Kodeko artikuluen analisisa

Gradu Amaierako Lana

KRIMINOLOGIAKO GRADUA

2019-2020 IKASTURTEA

EGILEA: AMAIA PEREA BEOBIDE

ZUZENDARIA: MIREN ODRIUZOLA GURRUTXAGA

Donostian, 2019ko maiatzaren 17an

AURKIBIDEA

1. SARRERA.....	1
2. HAMASEI URTE BAINO GUTXIAGOKOEN AURKAKO SEXU-ABUSU ETA SEXU-ERASOAK: TIPO PENALAK KOMUNEAN DITUZTEN ELEMENTUAK.....	3
2.1. Ondasun juridikoa	3
2.2. Subjektuak.....	5
2.3. Tipo subjektiboa	6
2.3.1. Doloa	6
2.3.2. Elementu subjektiboak	9
3. HAMASEI URTE BAINO GUTXIAGOKOEN AURKAKO SEXU-ABUSU ETA SEXU-ERASOAK: TIPO PENAL BAKOITZAREN AZTERKETA.....	11
3.1. Zigor Kodeko 183. artikulua.....	11
3.1.1. Sarrera	11
3.1.2. Zigor Kodeko artikulua	12
3.1.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak.....	13
3.1.4. Erantzukizun penala	18
3.2. Zigor Kodeko 183. Bis artikulua	19
3.2.1. Sarrera.....	19
3.2.2. Zigor Kodeko artikulua.....	20
3.2.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak	20
3.2.4. Prestamen-ekintzak	21
3.2.5. Erantzukizun penala.....	22
3.3. Zigor Kodeko 183. Ter artikulua	22
3.3.1. Sarrera.....	23
3.3.2. Zigor Kodeko artikulua	24
3.3.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak	26
3.3.4. Prestamen-ekintzak	28
3.3.5. Erantzukizun penala.....	29
3.4. Zigor Kodeko 183. Quater artikulua.....	30
3.4.1. Sarrera.....	30
3.4.2. Zigor Kodeko artikulua	31
3.4.3. Portaera zigorgabea izateko baldintzak	31
3.5. Taula	34
4. AZTERKETA KRITIKOA	40
4.1. Erreformaren beharra al zegoen?	40
4.1.1. 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpena	40
4.1.2. Adierazpenaren azterketa kritikoa.....	43

4.1.2.1.	Onarpen sexuala kontuan hartzeko gutxieneko adin muga	43
4.1.2.2.	Datu estatistikoak.....	44
4.1.2.3.	Ukigabetasun sexualaren babes falta al zegoen?	46
4.1.2.4.	Grooming eta sexting delituen kritika.....	48
4.2.	2015eko erreformaren ondorioak.....	52
4.2.1.	1/2015 Lege Organikoak adin txikikoak arau hauslea izateko aukerak areagotzen ditu.	52
4.2.2.	Zigor Kodearen aplikazioan zehaztasun falta.....	55
4.2.2.1.	Zigor Kodeko 183. Bis artikulua	55
4.2.2.2.	Zigor Kodeko 183. quater artikulua.....	59
4.2.3.	Tipo errorea	65
5.	ONDORIOAK	68
6.	PROPOSAMENAK.....	74
7.	BIBLIOGRAFIA	76
8.	JURISPRUDENTZIA	79

1. Sarrera

Lan honen helburua martxoaren 30eko 1/2015 Lege Organikoak Zigor Kodean eragindako erreforman adingabeen inguruan eginiko aldaketak ikertu eta aztertzea da, zehazki haurren aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoei dagozkienak. Legegileak delitu hauek Zigor Kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluari aipatzen ditu “Hamasei urte baino gutxiagokoan aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak” izenez.

Lanaren egitura argia izango da. Lehenik eta behin, gaur egun adingabeen sexu-ukigabetasuna babesteko, zehazki hamasei urte baino gutxiagokoan aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigortzeko, indarrean dagoen araudia aztertuko dut. Horrekin batera, 1/2015 Lege Organikoaren erreforma aurretik indarrean zegoen legediarekin alderatuko dut. Ondoren, Zigor Kodeak jasandako azken erreformaren azterketa kritikoa egingo dut (besteak beste, Zioen Adierazpena eta doktrina eta jurisprudentziaren kritika). Jarraian, erreformaren ondorio negatiboak zein diren adieraziko ditut. Azkenik, behin material guztia aztertu ondoren, nire ondorioak eta proposamenak adieraziko ditut.

Egungo Zigor Kodeak 1995 urtetik jasan duen aldaketa handienetarikoa baten aurrean gaude. Aldaketa honen oinarrian Europako Parlamentuko eta Kontseiluko burututako 2011/93/UE Zuzentaraua dago, sexu-abusuen, sexu-ustiapen eta haurren pornografiaren ingurukoa. Zigor Kodearen 2015eko erreforma uztailaren 1ean sartu zen indarrean, eta honen aldaketa bereizgarrietako bat legegileak onarpen sexuala emateko gutxieneko adina handitu izana; 1/2015 Lege Organikoa baino lehenago hamasei urtetan zegoen, eta aipatutako erreformaren ondoren, hamasei urtera igo zuen da gutxieneko adin muga. Horrek adingabeen sexu-ukigabetasuna babesten duen Zigor Kodeko kapitulu osoari eragiten dio, “hamasei urte baino gutxiagokoan aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak” izena ematera pasatuz. Era berean, Zigor Kodeko 183. artikulua aldatzen da, 183 bis artikuluan jasotzen zen delitua Zigor Kodeko 183. Ter artikuluan arautzera pasatzen da, 183 bis artikulua berriari adin txikiko pertsona izaera sexualeko eszena batean parte hartzea edo ikusaraztea zigortzen da. Azkenik, artikulua berri bat sartzen da: 183 quater, zeinak erantzukizun penala alde batera uzten duen subjektuak adinez antzekoak eta heldutasun edo

garapen graduz antzekoak diren kasuetan, beti ere, subjektu pasiboak ekintzetan parte hartzeko onarpena modu librean eman duenean.

Gradu amaierako lanean gai hau aukeratzera eraman ninduten arrazoiak bi dira: alde batetik, Kriminologiako graduan zehar Zigor Zuzenbidea irakasgaia landu genuen, zehazki, Zigor Zuzenbidearen Zati berezia, eta bertan, adingabeen sexu-ukigabetasunaren inguruko legedian eginiko aldaketak ikasi ondoren, horien eraginkortasuna aztertzeko jakin-mina piztu zitzaidan. Beste aldetik, tipo penal hauek, nire ustez, garrantzia handikoak dira. Izan ere, adin txikikoez hitz egiten ari gara, zehazki hamasei urtetik beherakoez, legegilearen babes berezia behar duten hurrez ari gara, zeinak ez duten beren burua babesteko ahalmen nahikorik. Hala ere, kasu bereziki mediatikoez, besteak beste, Mari Luzen kasuak, Zigor Kodean zehaztu gabeko elementuak argitzeko beharra azaleratzen duten arren, aldaketa horiek gizartearen azterketa soziologiko eta kritiko sakonaren ondorio izan behar direla uste dut. Gizartearen azterketa egiteko beharretik sortzen da, hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak izeneko Kapituluak ikertzeko eta aztertzeko interesa.

2. Hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoak: tipo penalak komunean dituzten elementuak

2.1. Ondasun juridikoa

Zigor Kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluak agertzen diren artikuluetan babesten diren ondasun juridikoak bi dira: sexu-askatasuna eta sexu-ukigabetasuna¹. Bi elementuek antzekoak diruditen arren, bereziki garrantzitsua da sexu-askatasuna eta sexu-ukigabetasunaren arteko bereizketa egitea.

Alde batetik, sexu-askatasuna da VIII. Tituluak babesten duen lehenengo ondasun juridikoa. Honek pertsona bakoitzak duen askatasunaren barnean norberaren sexualitatearen inguruko erabakiak modu askean hartzeari egiten dio erreferentzia, zeinak babes penal zehatzaren babesa merezi duen². Are gehiago, honela dio Auzitegi Gorenaren 935/3006 epaiak “el bien jurídico no es la honestidad ni la intimidad de la persona, sino la libertad sexual de todo ser humano, como insalvable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual de la naturaleza que sea”³. Beraz, ondasun juridiko honen titularra izateko, ezinbestekoa izango da pertsonak onarpen sexualaren inguruko erabakiak hartzeko gaitasuna edukitzea, hau da, hamasei urtetik gorako pertsonak izatea, besteak beste. Horrekin loturik, Cadena Serranok aipatzen du egitateak sexu-askatasunaren aurkakoak izango direla sexu ekintzen inguruan onarpena emateko ahalmena duten pertsonen kontrako erasoak direnean, zeinaren borondate gainditua izan den edo borondaterik gabe jokatu duenean⁴.

Beste batetik, sexu-ukigabetasuna da VIII. Tituluak babesten duen bigarren ondasun juridikoa. Sexu-ukigabetasunaz hitz egingo da biktimak onarpen sexuala emateko ahalmenik ez duen kasuetan, hau da, babes penal berezia behar duen adingabeen edo

¹MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte especial*. Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2017, 187.orr.

² *Idem*.

³935/2006 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006ko urriaren 2a.

⁴ CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 cp. Subtipos del artículo 183.4 cp. Del artículo 183 bis cp, Madrid, España, 2015, 13. orr.*

ezgaien kasuan⁵. Onarpen sexuala emateko ahalmen gabeziari dagokionez, Auzitegi Gorenako 476/2005 epaiak aipatzen du 13 urtetik beherako adingabeak ez direla ekintza sexualak onartzeko gai jarrera horien esanahia bere osotasunean ulertzeko nortasunean garapen nahikorik ez dutelako, eta horregatik, ezin dela adingabeen sexu-askatasunaz hitz egin⁶. Onarpen sexuala emateko gutxieneko adina argiago adierazten du Auzitegi Gorenaren 411/2006 epaiak, zeinak honela dioen: “establece una presunción "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento por resultar -la minoría de edad de 16 años-, incompatible con la conciencia y la libre voluntad exigibles. Hay presunción porque, efectivamente, se eleva a verdad jurídica lo que realmente es solo posible y, siendo "iuris et de iure" nos permite en principio indagar las condiciones del menor para conformar la existencia de esa capacidad que la ley considera incompleta, porque en estas edades, o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psiquiátrica del menor contra estímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor es incapaz para auto determinarse respecto del ejercicio de su libertad sexual”⁷.

Hori dela eta, adingabeak edo ezgaiak sexu ekintzen inguruan emandako onarpena baliogabea izango da, hau da, ez dute norberaren sexualitatearen inguruko erabakiak modu askean hartzeko eskubiderik. Horregatik, sexu-ukigabetasuna da adingabeen kasuan (13 urtetik beheragokoena 5/2010 LOaren ondoren eta 16 urtetik behekoena 1/2015 LO ondoren) arlo penalak babesten duen ondasun juridikoa. Adingabeen sexu-ukigabetasunari babes penal berezia eskaintzen zaio hamasei urtetik beherako pertsonak ongizatean edo garapen normal batean eragina izan dezaketen izaera sexualeko testuinguruetan nahasita ez agertzeko⁸. Horrekin loturik, Muñoz Conderen arabera, adingabeen kasuan aipaturiko elementu hori babestu egin behar da nortasunaren garapen askean eta bilakaeran eragina duen heinean eta eragin horrek adingabearen etorkizuneko oreka psikikoan edo bizitzan aldaketa garrantzitsuak sortu ditzakeen heinean⁹.

⁵MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, cit., 188. orr.

⁶476/2006 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006ko maiatzaren 2a..

⁷4/2006 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006ko apirilaren 18a.

⁸PASTOR, N, Robles, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial*, Iuscrimben, Barcelona, España, 2016, 142.orr.

⁹MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2010, 118.orr.

Laburbilduz, lan honetan zehar aztertuko diren artikuluek 16 urtetik behrako adingabeei egiten dietenez erreferentzia, sexu-ukigabetasuna izango da kontuan hartu behar dugun ondasun juridiko babestua. Babeste horrekin, zigor zuzenbideak euren etorkizuneko askatasuna babestu nahi du, hau da, haurren nortasunaren garapen askea babestu nahi du, etorkizunean sexu portaera desberdinen inguruan askatasunez erabakiak hartu ahal izateko.

2.2. Subjektuak

Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluko 183, 183.bis, 183.ter eta 183.quater artikuluen arabera, egitateak zigorgarriak izateko subjektu pasiboak, adinari dagokionez, muga batzuk bete behar ditu.

5/2010eko Lege Organikoan, subjektu pasiboak ezinbestean 13 urte baino gutxiagoko pertsona bat izan behar zuen; izan ere, onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 13 urtekoa zen¹⁰. Subjektu aktiboari dagokionez gizonezkoa zein emakumezkoa izan zitekeen¹¹. Asensioak dioen bezala, ez zen beharrezkoa egitateen egilea adin nagusikoa izatea. Gerta zitekeen subjektu aktiboa, adin nagusikoa izatea, baita hamalau eta hemezortzi urte bitarteko adin txikiko bat izatea¹².

Baina, 1/2015eko Lege Organikoen bitartez Zigor Kodeak erreforma jasan zuen 2011/93/UE Zuzentarau- adingabeen sexu-abusuen, sexu-ustiapen eta haurren pornografiaren ingurukoa- betetzeko asmoz¹³. 2011/93/UE Zuzentaruako bigarren artikuluko b) atalak honela dio: «*edad de consentimiento sexual*»: *la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*¹⁴. 2015eko erreforma baino lehen, aztertu dugun bezala, Espainiako Zigor Kodearen arabera onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 13 urte

¹⁰MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte especial*, cit., 218. orr.

¹¹ *Idem*.

¹² ASENSIO, J. *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2010, 63.orr.

¹³ CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, cit., 2. orr.

¹⁴ 2011/93/UE Zuzentaruau, Europako Kontseilu eta Parlamentuarena, 2011ko abenduaren 13koa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala, L 335, 2011ko abenduaren 17a, 7. orr.

zen, eta gutxieneko muga hori Europako gainontzeko herrieekin alderatuz bereziki baxua zen.

Hori dela eta, 1/2015eko Lege Organikoan, Europar Batasuneko Zuzentaraua betetzeko asmoz, onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 13 urtetik 16 urtera aldatu egin zen, eta ondorioz, adingabeen aurkako sexu-abusuen eta sexu-erasoen biktima izateko adina ere 16 urtera igo egin zen¹⁵. Erreformaren ondorioz, egitateak zigorgarriak izateko egilearen adinak ere aldaketak jasan zituen. 2015ean Zigor Kodeak izandako erreformaren ondorioz, subjektu aktiboaren adina ere aldatu egin zen. Aldaketaren ondoren, egitateak zigorgarriak izateko egileak adin nagusikoa edo 16 urtetik gorako pertsona bat izan behar du¹⁶.

2.3. Tipo subjektiboa

2.3.1. Doloa

Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluan aurkitzen diren artikuluenek komunean duten beste elementu bat egitateak ezinbestean dolo bidez egin behar direla da. Beste era batera esanda, 16 urtetik beherakoengan burututako sexu-abusuak eta sexu-erasoak arautzen diren artikuluetan zehazten da egitateak zigorgarriak izateko egileak nahitaez dolozko jokaera izan behar du¹⁷. Doloa zer den aztertzeko, definizio argia ematen dute Orts Berenguer eta Gonzalez Cussacek: “el dolo supone conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto. En consecuencia, el dolo consta de dos elementos: primero, el elemento intelectual, que se refiere al conocimiento del hecho. Y en segundo lugar, el elemento volitivo, pues una vez que el sujeto sabe lo que hace, tiene que querer hacerlo, o sea, hade actuar intencionadamente, aceptando las consecuencias que se deriven de su conducta”¹⁸.

¹⁵SANZ MULAS, N, *Política criminal*. Ratio Legis. Salamanca, España, 2017, 160-161. orr.

¹⁶ASENCIO, J, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., 73.orr.

¹⁷MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, cit., 371.orr.

¹⁸ORTS BERENGUER, E and GONZALEZ CUSSAC, J, *Compendio de derecho penal part general*. Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2011, 292. orr.

Aztertzen ari garen kapituluko egitateak tipikoak izateko zein motako doloa eman behar den aztertu baino lehenago, Zigor Kodeak aurreikusten dituen doloaren modalitate desberdinak aipatu behar dira: Alde batetik, lehen mailako dolo zuzena, subjektuaren asmoa zuzenean emaitzara bideratzen denean, eta bere ekintzen ondorioak helburu bezala jarraitzen direnean emango da. Beste aldetik, bigarren mailako dolo zuzena, subjektuaren asmoa zuzenean emaitzara bideratzen ez den arren, helburua betetzeko ezinbestekotzat hartzen du; “no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende”¹⁹. Azkenik, inoizkako doloa edo dolo ebentuala, egileak burutuko dituen ekintzen ondorioak zuzenean zein diren ez dakien arren, ondorioak zein izan daitezkeen ondorioztatu dezakeenean emango da²⁰.

Kontuan izan behar dugu nahiz eta egitateak tipikoak izateko dolo zuzena emateren baldintza eskatu, ondoren aztertuko dugun bezala, egoera zehatzetan inoizkako doloa emateko aukera dagoela.

Zigor Kodeko 183, 183.bis, 183.ter eta 183. Quater artikuluetan doloaz hitz egiten dugunean, orokorrean dolo zuzenaz ari garela. Egintzak dolo zuzenaz eman direla esango da egileak modu kontzientean eta boluntarioki, proposatutako emaitza lortzera bideratzen denean, bai helburu bezala baita emaitza lortu ahal izateko burutu beharreko ezinbesteko ondorioa dela onartuz²¹. Hala ere, dolo zuzenaren barruan bi mota bereizi behar dira: alde batetik, lehen mailako dolo zuzena, subjektuaren asmoa zuzenean emaitzara bideratzen denean, eta bere ekintzen ondorioak helburu bezala jarraitzen direnean. Eta beste aldetik, bigarren mailako dolo zuzena, egileak ekintzaren ondorioak beharrezkotzat ikusten dituen bere helburua lortzeko eta ondorioz onartu egiten dituen²².

Beraz, esan dezakegu egitateak aipatutako arau-hausteen barnean zigortzeko egileak adingabearengan burutuko dituen legez kanpoko ekintzak ezagutzen dituela eta horiek

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 286.orr.

²⁰ ORTS BERENGUER, E eta GONZALEZ CUSSAC, J. *Compendio de derecho penal parte general, cit.*, 294.orr.

²¹ *Idem.*

²² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte general, cit.*, 270.orr.

burutzeko nahia duela. Beste era batera esanda, delitugileak badauki biktima izango den pertsona 16 urtetik beherako pertsona bat dela eta bere aurka burutuko dituen sexu-abusuak edo sexu-erasoak Zigor Kodearen aurkakoak dira, baina hala ere horiek burutzeko borondatea du.

Hala ere, Silva Sanchezek aipatzen duen bezala, delitu mota hauen egileek kasu askotan adierazten dute ekintzak burutu baino lehenago ez zutela biktimaren benetako adina ezagutzen. Izan ere, biktimaren adina, adin legalaren mugan dagoenean (16 urtetik gertu dagoenean) zaila izaten da hori zehaztea. Elementu horrek dolo falta sortu dezake, eta ondorioz, adingabe baten aurkako sexu-abusuak edo sexu-erasoak zigortzea zailtzen da. Aurretik ikusi bezala, ezinbestekoa baita egileak egintzak dolo zuzen bidez egitea egitateak 16 urtetik beherako adingabe baten aurka sexu-abusuak edo sexu-erasotzat jotzeko²³.

Adin mugaren elementuak zalantzan jartzen duenez egileak dolo bidez jokatu duen edo ez zehaztea, Auzitegi Gorenaren 159/2005 epaiak zehazten du nahikoa izango dela egitateen egileak biktimaren adinaren inguruan zalantza izatea doloa egon dela baieztatzeko, nahiz eta dolo hori inoizkako izan. Praktikaren interpretazio honek nabarmenki murrizten du adin mugaren ondorioz sortu daitekeen tipo errorea emateko aukera²⁴. Beraz, jurisprudentziak tipo errorea eman daitekeen egoerak murrizten ditu inoizkako doloa Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluko artikuluen betebeharra izan daitekeela onartuz. Inoizkako doloaren definizio argia ematen dute Orts Berenguer eta Gonzalez Cussacek: “el dolo eventual existe cuando el autor se representa como probables las consecuencias de su comportamiento y, no obstante, decide actuar asumiéndolas. Aunque el autor no quiere producir el resultado, sigue actuando, admitiendo su eventual realización”²⁵.

²³SILVA, J, RAGUES, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial*, Atelier, libros jurídicos, Barcelona, España, 2015, 141.orr.

²⁴159/2005 sententzia. Auzitegi Gorenaren (Zigorarlokobigarren sala). 2005eko otsailak 11^a.

²⁵ORTS BERENGUER, E and GONZALEZ CUSSAC, J. *Compendio de derecho penal part general*, cit.,270. orr.

Laburbilduz, Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluan aurkitzen diren tipo penalak eskatzen dute beste baldintza orokor batzuez gain, egileak doloz jokatzeko. Beraz, egileak burutuko dituen ekintzen ezagutza eta borondatea izango ditu. Baina dolo hori zuzena zein inoizkako izan daiteke, hau da, egileak burutu nahi dituen ekintzen ondorioak ezagututa aurrera jarraitzea erabaki dezake edo egileak burutuko dituen ekintzen ondorioak zuzenean zein diren ez dakien arren, ondorioak zein izan daitezkeen ondorioztatu dezake eta era berdinean aurrera jarraitzea erabaki dezake²⁶. Bi kasuetan, doloaz gain, elementu subjektibo berezi bat eskatzen da egitateak tipikoak izateko.

2.3.2. Elementu subjektiboak

1995ko Zigor Kodea baino lehen, adingabeen aurka burutako sexu-abusuak zigorgarriak izateko, doloaz gain, beste elementu gehigarri bat eskatzen zen. Egileak ekintza asmo-labaingarriarekin burutzea eskatzen zen, hau da, asetze sexuala lortzeko asmoarekin. Orokorrean, portaera hori emango da asetze sexuala lortzeko asmo horrek egilearen ekintzen zergatia azaltzen duelako²⁷. Beraz, beharrezkoa zen egitateak zigorgarriak izateko tipo subjektiboaren barnean, doloaz gain, asmo labaingaria egotea; horrek delitu hauengatik zigortzeko aukera murriztu egiten zuen, zaila baitzen elementu hori frogatzea²⁸.

Baina, egun Martinez Atienzak dioen bezala, asmo-labaingaria aipatzean kontuan izan behar dugu honako aukera hau: “sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En estos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima”²⁹. Hori horrela izanda, gaur egungo

²⁶MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal parte general*, cit., 271. orr.

²⁷CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores*. cit., 23. orr.

²⁸SILVA, J, RAGUES, R et al. *Lecciones de derecho penal parte especial*, cit., 141. orr.

²⁹MARTINEZ ATIENZA, G. *Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2015)*, Experiencia, España, 2018, 397. orr.

legegilearen arabera egitateak hamasei uretik beherako adingabe baten aurkako sexu-abusuak edo sexu-erasotzat jotzeko ez da beharrezkoa izango asmo-labaingarria dagoela zehaztea. Zehazki, Cadena Serranok aipatzen du gaur egun ez dela asmo-labaingarria kontuan hartzen; izan ere, legegileak sexu-abusuen eta sexu-erasoen delituetan ez duelako arautzen doloa ez den beste elementu subjektiborik³⁰. Egun asmo-labaingariaren elementu subjektiboa kontuan hartzen ez dela indartzeko, Auzitegi Gorenaren 132/2013ko epaia dugu, zeinak honela dioen: "... el elemento subjetivo del abuso sexual se rellena con el dolo de atentar contra la libertad sexual, sin necesidad de que se concrete un ánimo lúbrico o libidinoso..."³¹.

Nahiz eta gaur egungo Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluan aurkitzen diren artikulua aplikatzeko asmo-labaingariaren elementu subjektiboa behar ez izan, badaude salbuespen batzuk, non elementu horrek egitateak zigortzea ahalbidetzen duen. Horren adibidea dugu Auzitegi Gorenaren 5492/2016ko epaia: "los actos de inequívoco carácter sexual como tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, integran la conducta de abuso sexual del art. 183.1 CP. Pero si los actos no se presentan inequívocos, es habitual, para acreditar su carácter sexual, atender al ánimo lascivo o libidinoso del autor. No se trata de que estemos ante un requisito subjetivo añadido al dolo, ello implicaría introducir elementos típicos ajenos al texto de la norma, basta el conocimiento de realizar acciones sexuales sobre otro sin su consentimiento o cuando el consentimiento es ineficaz; pero sucede que ese ánimo sirve para constatar la naturaleza sexual del comportamiento, ante la insuficiencia de las circunstancias objetivas del tocamiento perpetrado para explicar por sí solas su carácter sexual"³².

Beraz, nahiz eta gaur egun asmo-labaingarria ez den elementu subjektiboren barneko ezinbesteko ezaugarria sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigortzeko, egitateen balorazioan eragin garrantzitsua izan dezakeen elementua da.

³⁰CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores*, cit., 23.orr.

³¹132/2013 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigorarloko bigarren sala). 2013ko urtarrilaren 15 a.

³²5492/2016 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigorarloko bigarren sala). 2016ko abenduaren 19 a.

3. Hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoak: tipo penal bakoitzaren azterketa.

3.1. Zigor Kodeko 183. artikulua

3.1.1. Sarrera

Nahiz eta aurreko Zigor Kodeko delituen oinarrizko tipoan aurreikusitako zigorrak ez aldatu, 1/2015eko Lege Organikoaren erreformak egitate zigorgarriak zabaltzea ekarri zuen. Zigor Kodearen erreformak ere eragina izan zuen Zigor Kodeko 183. Artikuluan. Orokorrean, 2015ondoren aipaturiko artikuluan egitate zigorgarriak 1/2010 Lege Organikoaren Zigor Kodeko 183. artikuluko berdinak badira ere, badaude zenbait desberdintasun³³:

- 1/2015 LOaren erreforma baino lehen Zigor Kodeko 183. artikulua bidez babesten zen ondasun juridikoa 13 urtetik beherako sexu-ukigabetasuna zen, eta 1/2015 Lege Organikoaren ondoren, babesten den ondasun juridikoa 16 urtetik beherako sexu-ukigabetasuna da.

³³5/2010 Lege Organikoko Zigor Kodeko 183. Artikulua: *1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. 2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2. 4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades. 5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.*

- 1/2015 LOaren erreforma bidez, ZK 183.2 artikuluari elementu berri bat eransten zaio: “Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”³⁴.
- Zigor Kodeko 183.4 artikuluan tipo kualifikatuak aurkitzen dira, eta erreformaren ondoren horietako bik aldaketak jasan dituzte: alde batetik, 5/2010 LOan 183.4.a) atalean garapen intelektual edo fisiko urria duten pertsonak babesten ziren, eta erreformaren ondoren, buru-nahasteak dituzten pertsonak ere babesten dira. Beste batetik, 5/2010 LOan 183.4.e) atalean delitugileak biktimaren bizitza eta osasuna arriskuan jartzea aipatzen zen, baina erreforma eta gero, biktimaren bizitza eta osasuna dolo edo zuhurtziagabekeria bidez arriskuan jarri izana zehazten da.

3.1.2. Zigor Kodeko artikulua

Zigor Kodeko 183 artikulua Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluari aurkitzen da, hau da, 16 urtetik beherakoek aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigortzen dituen Kapituluari.

Estatuko Aldizkari Ofizialaren arabera, 1/2015 Lege Organikoaren erreformaren ondoren, Zigor Kodeko 183 artikulua honela dio³⁵:

1. Norbaitek hamasei urte baino gutxiago dituen adingabe batekin sexu izaerako egintzak egiten baditu, pertsona horri, adingabe baten sexu-abusuaren erantzule gisa, bi urtetik sei urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio.

2. Egitateak indarkeriaz edo larderiez gauzatzen direnean, orduan, erantzuleari, adingabe bati sexu-erasoaren delitua egiteagatik, bost urtetik hamar urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio. Zigor berberak ezarriko dira indarkeriaz edo larderiez baliatuz

³⁴CORCOY M, BOLEA, C et al. *Manual de derecho penal parte especial*, Tirante lo Blanch, Valencia, España. 2015, 268. orr.

³⁵1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183. artikulua.

hamasei urte baino gutxiagoko adingabe bat behartzean hirugarren batekin edo bere buruarekin sexu-egintzak gauzatzera.

3. Eraso baginatik, uzkitik zein ahotik haragitzea denean, edota lehengo bi bide horietako batetik gorputz-adarrak nahiz objektuak sartzea denean, orduan, erantzuleari, zortzi urtetik hamabi urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio, 1. zenbakiaren kasuan, eta hamabi urtetik hamabost urte arteko zigorra, 2. zenbakiaren kasuan.

4. Aurreko hiru zenbakietan jasotako jokabideak dagokien espetxe zigorrarekin zigortuko dira, eta zigorra goiko erdian ezarriko da inguruabar hauetatik edozein gertatzen denean: a) Biktimak, bere garapen intelektual edo fisiko urriagatik, edota nahasmendu mentala izateagatik, inolako defentsarik izan ez duenean, eta, edozein kasutan, lau urte baino gutxiago dituenen. b) Egitateak bi pertsonak edo gehiagok taldean gauzaten dituztenean. c) Erabilitako indarkeria edo larderia bereziki apalesgarria edo isekagarria denean. d) Erantzulea, delitu egiteko, nagusitasun- edo ahaidetasun-harremanez baliatzen denean, odolez edo adopzioz biktimaren aurreko ahaide edo neba-arreba izateagatik, edota ezkontza bidezko ahaidetasuna izateagatik. e) Errudunak biktimaren bizitza edo osasuna arriskuan jarri duenean, doloz edo zuhurtziagabekeria astunarengatik. f) Arau-haustea horrelako jarduerak egiten aritzen den antolakunde edo talde kriminal baten barruan burutu denean.

5. Artikulu honetan aurreikusitako kasu guztietan, erruduna bere agintari, agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatu bada, orduan, sei urtetik hamabi urte arteko erabateko desgaikuntzako zigorra ere ezarriko zaio.

3.1.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak

Zigor Kodeko 183 artikulua barnean egitate desberdinak zigortzen dira; hala ere, Ikusi dugun bezala, badaude artikulua horretako atal desberdinetako egitateak zigorgarriak izateko komunean ematen diren zenbait elementu³⁶:

- 1) Subjektu pasiboak 16 urtetik beherako pertsona bat izan behar du.

³⁶ASENCIO, J. *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., 73orr.

2) Subjektu aktiboak 16 urtetik gorako pertsona bat izan behar du.

Hala ere, Zigor Kodearen 183. Artikuluaren barnean, badaude baldintza orokorrez gain atal bakoitzean zehazten diren egitateak zigorgarriak izateko beharrezko baldintza espezifikoak³⁷:

- **Zigor Kodeko 183.1. artikulua:** Portaera tipikoa izateko ezinbestekoa da **16 urtetik gorako pertsona batek adin horretatik beherako pertsona batekin izaera sexualeko ekintzak burutzea**. Quintero Olivaresek honako hau zehazten du: alde batetik, garrantzia gutxi duela adingabeak ekintza horiek onartu dituen edo ez, eta bestetik, “los actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor conlleva la exclusión de conductas tales como hechos de exhibicionismo, la inducción al menor para que este realice actos sobre sí mismo o con un tercero o poner en contacto al menor con otro material pornográfico”³⁸.
- **Zigor Kodeko 183.2. artikulua:** atal honek ezinbestekoa da 16 urtetik gorako pertsona batek adin horretatik beherako pertsona batekin **izaera sexualeko ekintzak indarkeriaren bidez edo larderiaren bidez** burutzea zigortzen du. Baina, horretarako, larderia edo indarkeria hitzekin legegileak zeri egiten dion erreferentzia aztertu behar da.

Muñoz Conderen ustez, larderia subjektu pasiboaren erabakitzeke borondatearen erabakia baldintzatzen duen mehatxua da, zeina kasu batzuetan onura lotzeko mehatxuen oinarritzko tipoarekin nahasi daitekeen, hau da, Zigor Kodeko 169.1 artikuluekin. Bien arteko desberdintasuna ekintzen unean aurkitzen da; izan ere mehatxu delituetan eskaera etorkizunera begira egiten da. Larderia zuzenekoa, eraginkorra eta intentsitate handikoa izan behar da, subjektu pasiboaren borondatean eragina izateko adinakoa.³⁹

³⁷MUÑOZCONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 372.orr.

³⁸QUINTERO OLIVARES, Q, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi SA. Navarra, España, 2011, 350.orr.

³⁹MUÑOZCONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 371-372.orr.

- **Zigor Kodeko 183.3. artikulua:** Portaera tipikoa izateko, ezinbestekoa da 16 urtetik gorako pertsona batek adin horretatik beherako pertsona **bati sexu-ukigabetasunaren aurkako ekintzak maginatik, uzkitik zein ahotik haragitzea izatea, edota lehenengo bi bide horietatik batetik gorputz-adarrak nahiz gauzak sartzea**. Nabaria da, artikuluko atal honetako elementuak betetzeko, haragitzea egon behar dela ezinbestea, hori dela eta, Auzitegi Gorenaren 514/2009 sententziak argi adierazten du artikuluko honetatik kanpo geratzen direla haztatzeak, igurtziak edo ukitzeak⁴⁰. Izan ere, egitate horiek gauzatzen badira, Zigor Kodeko beste artikuluko baten aurrean egongo ginateke. Haragitzea egon dela baieztatzeko, beharrezkoa da maginatik uzkitik edo ahotik gorputz atalen edo objektuen sarketa egotea. Haragitzea denean, subjektu aktiboa beti gizonezkoa izango da. Aldiz, gorputz adarrak edo objektuak norbaiti sartzeko kasuena, subjektu aktiboa emakumezkoa zein gizonezkoa izan daiteke. Azkenik, aipatutako bi kasuetan subjektu pasiboa gizonezkoa zein emakumezkoa izan daiteke⁴¹.
- **Zigor Kodeko 183.4. artikulua:** artikuluko bereko aurreko hiru ataletan aurreikusten diren ekintzak goiko erdian zigortzeko jarraian aipatzen diren supostu bat izan behar da⁴²:
 - a) **Haurraren garapen intelektual edo fisiko urriak, edo buru-nahastea izateak, erabateko babesgabetasun egoeran jarri** behar du biktima, edo lau urte baino gazteagoa izan behar du. Haurraren egoerak bereziki zaugarria bihurtu behar du adingabea, eta egilea, egoera horretaz kontziente izanik, horretaz baliatuko da delitua burutu ahal izateko.
 - b) **Egitatea bi pertsonak edo gehiagok gauzatu** behar dute. Bi pertsonak edo gehiagok parte hartzen badute, horien artean delitua gauzatzeko akordio bat egon dela adierazteaz gain, biktimaren defentsa gabeziaren egoera handitu egiten da. Hala ere, Cadena Serranok dioen bezala, argi adierazi behar da artikuluko honek ez diola delitua burutu aurretik pertsonen artean egondako

⁴⁰ 514/2009 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009eko maiatzaren 20 a.

⁴¹ 514/2009 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009eko maiatzaren 20 a.

⁴² AMADEO GADEA, S. *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, FactumLibri Ediciones, S. L. Madrid, España, 2016, 327-30. Orr.

akordioari erreferentzia egiten, baizik eta legearen aurkako helburua lortzeko bien arteko ekarpen eraginkorrari⁴³. Bi pertsona edo gehiagok burututako egitateek aipamen berezia behar dutenaren arrazoia adierazten du Auzitegi Gorenak 1142/2009 epaian: “no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”⁴⁴.

- c) **Erabilitako indarkeriak edo larderiak izaera benetan apalgarria edo iraingarria** izan behar du. Apalgarria edo iraingarria hitzekin legegileak zeri egiten dion erreferentzia aztertu behar da. Horren inguruan honela dio Amadeok: “a una tal clase de violencia o intimidación que, por sus características en el caso, resulte "particularmente" degradante o vejatoria para la víctima”⁴⁵. Cadena Serranok adierazten du zirkunstantzia honen aplikazioa ez dela ekintza sexualean bertan aztertu behar, baizik eta, bere helburua lortzeko erabilitako indarkeria eta larderia graduan. Hori dela eta, indarkeria eta larderia benetan apalgarria edo iraingarria izan direla adierazteko Cadenak ezinbestean bi elementu eman behar direla dio: “a) que constituya un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento”⁴⁶.
- d) Delitua burutzeko **egilea nagusitasun-egoeraz edo ahaidetasun egoeraz baliatu behar** da, adopzio bidez edo biktimaren berezko arbasoa edo nebarreba izategatik, edota antzeko egoera geratzen denean. Horregatik,

⁴³ CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores*, cit., 39.orr.

⁴⁴ 1142/2009 sententzia. Auzitegi Gorenaren (Zigorarloko bigarren sala). 2009eko azaroaren 24^a.

⁴⁵ AMDEO GADEA, S. *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, cit., 329. orr.

⁴⁶ CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores*, cit., 50.orr.

ezinbestekoa da legegilearen arabera nagusitasun-egoera zer den zehaztea. Muñoz Condek nagusitasun egoera honela definitzen du “el aprovechamiento de situaciones ya dadas por que la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al abuso de superioridad...cuando solo existe la inferioridad propia de la edad, debe acudirse a la circunstancia de abuso de superioridad”⁴⁷. Gainera, ez da nahikoa nagusitasun egoera egotearekin, beharrezkoa da gailentasun egoera manifestatzea, hau da, argia eta bistakoa izatea. Era berean, subjektu aktiboa nagusitasun-egoeraz kontziente izan behar da, eta delitua burutzeko uanean horretaz baliatu behar da⁴⁸.

e) **Delitugileak biktimaren bizitza edo osasuna, doloz edo zuhurtziagabekeriak arriskuan jartzea.**

f) Arau-haustea horrelako jarduerak egiten aritzen den **talde edo antolakunde kriminal baten barruan** burutu behar da. Ezinbestekoa izango da, delitua talde kriminal baten barnean gauzatzea. Cadena Serranok dioenaren arabera, ez da nahiko izango delituaren egilea talde kriminal bateko kidea izatea; beharrezkoa izango da arau-haustea talde horretako jardueren testuinguruan egitea, beti ere, ekintza horien helburua sexu-abusuak edo sexu-erasoekin zerikusia duten ekintzak burutzea denean⁴⁹.

- **Zigor Kodeko 183.5. artikulua: egilea bere agintari, agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatzea** zigortzen du atal honek. Legegileak egoera horretaz baliatzea aipatzen duenean zehazki zer esan nahi duen adierazten du Auzitegi Gorenak 235/2009 epaian. Honen arabera, hiru baldintza bete behar dira egilea agintari, agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatu dela esateko: “a) Situación manifiesta de superioridad del agente, b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores

⁴⁷MUÑOZCONDE, F. *Derecho penal parte especial, cit.*, 238.orr.

⁴⁸AMDEO GADEA, S. *Código Penal. Doctrina jurisprudencial, cit.*, 328.orr.

⁴⁹CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores, cit.*, 58.orr.

que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima”⁵⁰.

3.1.4. Erantzukizun penala

Behin portaera tipikoa izateko elementuak aztertu ondoren, legeak ezartzen duen zigorra aztertu behar da⁵¹:

- **Zigor Kodeko 183.1. artikulua:** Artikuluan zehazten diren egintzak burutzen dituen pertsona, hau da, 16 urtetik beherako pertsona batekin izaera sexualeko ekintzak burutzen dituen, adingabe baten aurka egindako sexu-abusuengatik zigortua izango da **bi urte eta sei urte bitarteko espetxe zigorrarekin**.
- **Zigor Kodeko 183.2. artikulua:** 16 urtetik beherako pertsona batekin izaera sexualeko ekintzak indarkeriaren bidez edo larderiaren bidez burutzen dituen, adingabe bati egindako sexu-erasoengatik zigortua izango da **bost urte eta hamar urte bitarteko espetxe zigorrarekin**. Zigor berdina ezarriko zaio, 16 urtetik beherako bat, indarkeria edo larderia bidez, hirugarren pertsona batekin edo berarekin izaera sexualeko egintzetan parte hartzera behartzen duenari.
- **Zigor Kodeko 183.3. artikulua:** 16 urtetik beherako pertsona batekin izandako portaera sexuala maginatik, uzkitik zein ahotik haragitzea denean, edota lehenengo bi bide horietatik batetik gorputz-adarrak nahiz gauzak sartzea denean, egileari **zortzi urte eta hamabi urte bitarteko espetxe zigorra** ezarriko zaio lehenengo atala ematen den kasuetan (haragitzea ahotik, uzkitik edo maginatik ematen denean) eta **hamabi urte eta hamabost urte bitarteko espetxe zigorra** ezarriko zaio bigarren ataleko egitateak gauzatzen direnean (haragitzea gorputz-adarrak nahiz gauzak sartzen ematen denean).
- **Zigor Kodeko 183.4. artikulua:** artikuluko bereko aurreko hiru zenbakietan aurreikusten diren egitateak goiko erdian zigortuko dira bertan aipatzen diren inguruabarretako bat ematen denean

⁵⁰235/2009 Sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009ko martxoaren 12 a.

⁵¹1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183. artikulua.

- **Zigor Kodeko 183.5. artikulua:** artikulua honetan aurreikusitako egoera guztietan egilea bere aginteari, agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatu denean horietako bat burutzeko, zigorraz gain, **sei urte eta hamabi urte bitarteko erabateko gaitasun-gabetzea** ezarriko zaio.

3.2. Zigor Kodeko 183. Bis artikulua

3.2.1. Sarrera

1/2015 Lege Organikoak Zigor Kodeko 183.bis artikulua idazkera aldatu zuen. Izan ere, aipatutako erreforma baino lehen ZK-ko 183.bis artikulua bide teknologikoen bidez 13 urtetik beherako aurka burututako sexu-abusuak edo sexu-erasoak arautzen zituen, eta 1/2015eko Lege Organikoaren ondoren, delitu mota hori jarraian azalduko dugun Zigor Kodeko 183. ter artikuluan arautzen da.

2015. urteko erreforma aurreko Zigor Kodeko 189.4 artikulua adingabekoen galbideratzea zigortzen zuen, eta erreformaren ondoren, portaera hori Zigor Kodeko 183.bis artikuluan zigortzen da⁵². Modu honetan, adingabekoen galbideratzea delitu independente bat izatera igarotzen da. Beraz, kasu honetan, Zigor Kodeko azkeneko erreformaren ondoren, aztertzen ari garen artikulua edukia guztiz aldatu egiten da. Edonola ere, nahiz eta gaur egungo Zigor Kodeko 183.bis artikulua erreforma aurretiko Zigor Kodeko 189.4 artikulua oso antzekoa izan, baditu zenbait desberdintasun:

- 1/2015 LOaren erreforma baino lehen babesten zen ondasun juridikoa 13 urtetik beherako adingabe eta ezgaien sexu-ukigabetasuna zen, eta 1/2015 Lege Organikoaren ondoren, babesten den ondasun juridikoa 16 urtetik beherako sexu-ukigabetasuna da, 18 urtetik beherako adingabeei eta ezgaieiei erreferentziarik egin gabe.

⁵²5/2010 Lege Organikoko Zigor Kodeko 189.4 artikulua: *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

- Erreforma berriak bi elementu gehitu ditu: alde batetik, izaera sexualeko ekintzak ikusaraztea zigortzen du artikulua berean, eta bestetik, sexu-abusutzat hartzen diren ekintzak ikusaraztea ere zigortzen du.
- 1/2015eko erreformarekin indarrean sartutako beste ezaugarri berri bat honako hau da: sexu-abusuak edo izaera sexualeko ekintzak 16 urtetik beherako bati ikusaraztea zigortzen da, nahiz eta egileak zuzenean horietan ez parte hartu.

3.2.2. Zigor Kodeko artikulua

Zigor Kodeko 183.bis artikulua, Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluari aurkitzen da, hau da, 16 urtetik beherakoek aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigortzen dituen kapituluari.

Estatuko Aldizkari Ofizialaren arabera Zigor Kodeko 183.bis artikulua honela dio:

Norbaitek, sexu-helburuekin, hamasei urte baino gutxiagoko adingabe bat sexu-jokaeretan parte hartzera edo sexu izaerako egintzak ikustera behartzen badu, egileak berak jokaera horietan parte hartu ez arren, orduan, pertsona horri sei hilabetetik bi urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio.

*Sexu-abusuak ikustera behartu badu, egileak abusu horietan parte hartu ez badu ere, urtebetetik hiru urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio*⁵³

3.2.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak

Portaera Zigor Kodeko 183.bis artikulua lehenengo atalaren arabera tipikoa izateko, hainbat inguruabar bete behar dira⁵⁴:

- 1) **Subjektu pasiboak 16 urtetik beherako pertsona bat izan behar du.**

⁵³1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183.bis artikulua.

⁵⁴ CORCOY, M, BOLEA, C et al. *Manual de derecho penal parte especial, cit.*, 273.orr.

- 2) Subjektu aktiboak 16 urtetik beherako pertsona bat **sexu-jokaera batean parte hartzera** edo **izaera sexualeko ekintzak ikustera behartu behar** du; nahiz eta egileak ondoren egintza horietan ez parte hartu. Sexu-jokaeran parte hartzera edo izaera sexualeko ekintzak ikustera behartzeak ezinbestean helburu sexualak izan behar ditu. Hau da, egileak aipaturiko ekintzak burutu behar ditu nolabaiteko haborokin sexuala lortzeko asmoz. Hala ere, legegileak ez du zehazten, zein modutan bultzatu behar duen egileak 16 urtetik beherako pertsona ekintza horiek egitera; hori epailearen esku uzten da⁵⁵. Hori horrela bada ere, Cadena Serrak zehazten du adingabea sexu-jokaeran parte hartzera edo ikustera bultzatze hori honela interpretatu beharko litzatekeela: “como instigar, inducir, persuadir o incitar al menor de dieciséis años para que se comprometa en un comportamiento sexual no deseado hasta ese momento, pues deberá ser la influencia de la instigación la que mueva y venza la voluntad del menor para involucrarse en ese comportamiento sexual”⁵⁶.

3.2.4. Prestamen-ekintzak

Zigor Kodeko 183 bis artikulua 16 urte baino gutxiagoko pertsona bat izaera sexualeko jokaera izatera behartzea, izaera sexualeko ekintzak ikustera behartzea edo sexu-abusuak ikustera behartzea zigortzen du, nahiz eta, egintzaren egileak zuzenean ez parte hartu⁵⁷. Doktrina Zientifikoaren arabera, gorputz kontakturik gabe gauzatzen diren egitateak dira, zeinak prestamen-ekintza zigorgarriak diren⁵⁸. Zigor Kodeko 183. Bis artikuluko lehenengo paragrafoko lehen atalak dio: *El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual.*

⁵⁵CORCOY, M, BOLEA, C et al, *Manual de derecho penal parte especial, cit., 268.orr.*

⁵⁶CADENA SERRANO, F. *Los delitos de agresión sexual a menores, cit., 61.orr.*

⁵⁷Espainia. Zigor Kodearen, Martxoaren 30eko, 1/2015, Lege Organikoa. Estatuko Aldizkari Ofiziala ,2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183 bis artikulua.

⁵⁸ 2575/2017 sententzia. uzitegi Gorenaren (Zigor arloko bigarren sala). 2017eko ekainaren 22^a.

Atal honetan kontuan izan behar dugun hitza *determine* dela, non izaera sexualeko ekintza hartzen ez den ekintza bat buru behar duen hamasei urtetik beherako adin txikiko batekin. Izan ere, egileak burututako ekintzak izaera sexualekoak izango balira, Zigor Kodeko 183. artikuluaurrean egongo ginateke. Zigor Kodeko 183. Bis artikulua izaera sexualeko ekintzak ikustera behartzea zigortzen da, eta egitate horiek bideo bidez edo grabazio bidez egingo balira, Zigor Kodeko 186. artikuluaurrean egongo ginateke, non adingabe bati bide desberdinak erabiliz material pornografikoa erakustea zigortzen den ⁵⁹.

3.2.5. Erantzukizun penala

Portaera tipikoa izateko elementuak aztertuta, horien aurrean legeak ezartzen duen zigorra aztertu behar da⁶⁰:

Zehazki, Zigor Kodeko 183. Bis artikulua jasotzen diren egitateak burutzen dituen pertsonari, hau da, 16 urte baino gutxiagoko pertsona bat izaera sexu-jokaeretan parte hartzea edo izaera sexualeko ekintzak ikustera behartzen duenari, nahiz eta zuzenean ez parte hartu, **sei hilabete eta bi urte bitarteko espetxe zigorra ezarriko** zaio. Beraz, artikulua honetan zigortzen den ekintza 16 urtetik beherako pertsona izaera sexualeko jokaeretan parte-hartzea edo horiek ikustera behartzea da, kontuan izan gabe ondoren noiekin izaten dituen harreman sexual horiek edo izaera sexualeko egitateetan norke hartzen duen parte.

Bestalde, Zigor Kodeko 183. Bis artikulua aipatzen da 16 urte baino gutxiagoko pertsona bat sexu-abusuak ikustera behartu duenean pertsonari, nahiz eta honek zuzenean ez parte hartu, **urtebeteko eta hiru urte bitarteko espetxe zigorra** ezarriko zaiola.

3.3. Zigor Kodeko 183. Ter artikulua

⁵⁹ BERNABE PENALVER, A, *Las reformas de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años operada por la ley organica 1/2015, de 20 de marzo*, Universidad de Comillas, Madrid, 2017, 42.orr.

⁶⁰1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala ,2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183.bis artikulua.

3.3.1. Sarrera

1/2015 Lege Organikoak Zigor Kodean eragindako erreforman, beste hainbat artikulua aldatzeaz gain, 183. Ter artikulua barneratu zuen. Aipatutako artikulua hori 5/2010 Lege Organikoan barneratutako 183.bis artikulua oso antzekoa da, baina zenbait aldaketekin⁶¹:

- 1/2015 LOaren erreforma baino lehen Zigor Kodeko 183.bis artikulua bidez babesten zen ondasun juridikoa 13 urtetik beherako sexu-ukigabetasuna zen, eta 1/2015 Lege Organikoaren ondoren, babesten den ondasun juridikoa 16 urtetik beherako sexu-ukigabetasuna da.
- 5/2010 Lege Organikoan zigortzen ziren egitateak internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiliz 13 urte baino gutxiagoko adingabe batekin kontaktuan jartzea ziren, eta kontaktu horren ondorioz aurrez aurreko kontaktua proposatzea, baina Zigor Kodeko 178, 183 edo 189. Artikuluko egitateren bat burutzeko asmoz egin behar zen proposamena. Erreformaren ondoren aldiz, bide teknologiko berdinak erabilita 16 uretik beherako pertsona batekin kontaktua sortzea, eta kontaktu horren ondorioz aurrez aurreko kontaktua proposatzea zigortzen da, baina Zigor Kodeko 183 edo 189. artikuluko egitateren bat burutzeko asmoz.
- 1/2015 Lege Organikoaren bidez egindako erreformarekin indarrean sartutako beste berrikuntza bat Zigor Kodeko 183. Ter 2 atala da, non honako portaera hau zigortzen den: Internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako beste edozein bide erabiliz, 16 urtetik beherako adingabe batekin kontaktuan jartzea,

⁶¹ 5/2010 Lege Organikoko Zigor Kodeko 183. Bis artikulua: *El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

ondoren iruzur bidez adingabe bat agertzen den material pornografikoa sortzeko helburuarekin.

3.3.2. Zigor Kodeko artikulua

Zigor Kodeko 183.ter artikulua, Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluari aurkitzen da, hau da, 16 urtetik beherakoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigortzen dituen Kapituluari.

Estatuko Aldizkari Ofizialaren arabera Zigor Kodeko 183.ter artikulua honela dio:

- 1. Norbait, Internet bidez, telefono bidez edo informazioaren eta komunikazioaren beste edozein teknologiaren bidez, hamasei urte baino gutxiagoko adingabe batekin harremanetan jartzen bada, eta berarekin elkartzeko proposamena egiten badiu, 183. artikuluan eta 189. artikuluan deskribatutako delituetatik edozein gauzatzeko helburuarekin, eta, betiere, proposamen hori adingabearengana gerturatzerantz zuzendutako egintzekin batera bada, orduan, pertsona horri urtebetetik hiru urte arteko espetxe zigorra edo hamabi hilabetetik hogeita lau hilabete arteko isuna ezarriko zaio, eta, edonola ere, gauzatutako delituei dagozkien zigorrak ere ezarriko dira. Zigorrak goiko erdian ezarriko dira, gerturatzea lortzen denean derrigortzea, larderia edo engainua erabiliz.*
- 2. Norbait, Internet bidez, telefono bidez edo informazioaren eta komunikazioaren beste edozein teknologiaren bidez, hamasei urte baino gutxiagoko adingabe batekin harremanetan jartzen bada, eta material pornografikoa lortzera zuzenduta dauden engainuzko egintzak egiten baditu, edo adingabeak irudikatzen edo agertzen dituzten irudi pornografikoak erakusten badizkio, orduan, pertsona horri sei hilabetetik bi urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio⁶².*

Artikuluan aipatzen den bezala, zigorgarria da informazio eta komunikaziorako teknologiak erabiltzea, beti ere Zigor Kodeko delitu hauek burutzeko baldin bada:

⁶²1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183.ter artikulua.

1. **Zigor Kodeko 183. Artikulua:** *1. Norbaitek hamasei urte baino gutxiago dituen adingabe batekin sexu izaerako egintzak egiten baditu, pertsona horri, adingabe baten sexu-abusuaren erantzule gisa, bi urtetik sei urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio.*⁶³.

2. **Zigor Kodeko 189. Artikulua:** *1. Urtebetetik bost urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaio: a) Adingabeak edo babes berezia behar duten desgaituak atzeman edo erabiltzen dituenari erakuts-zalekeriazko edo pornografiazko helburuekin edo halako ikuskizun publiko nahiz pribatuetan, edota edozein motatako pornografiazko materiala egiteko, horren euskarria edozein izanda, bai eta jarduera horietatik edozein finantzatzen duenari, edo horiekin irabaziak lortzen dituenari ere. b) Pornografiazko materiala egin, saldu, banatu, erakutsi, eskaini edota, edozein bide erabiliz, hori egitea, saltzea, hedatzea edo erakustea errazten duenari; betiere, material hori egiteko adingabeak edo babes berezia behar duten desgaituak erabili direnean, edo helburu horietarako eduki dituenean, nahiz eta materiala atzerrian egin edo jatorri ezezagunetakoa izan.*

2. Bost urtetik bederatzi urte arteko espetxe zigorra ezarriko zaie artikulu honetako 1. zenbakian zehaztutako ekintzak gauzatzen dituztenei, inguruabar hauetako bat gertatzen denean: a) Hamasei urte baino gutxiagokoak erabiltzean. b) Egitateak bereziki apalesgarriak edo isekagarriak direnean. c) Material pornografiko horretan, adingabeak edo babes berezia behar duten desgaituak agertzea, eta, pertsona horiek, hain zuzen ere, indarkeria fisikoaren edo sexu-indarkeriaren biktima izatea. d) Errudunak biktimaren bizitza edo osasuna arriskuan jarri duenean, doloz edo zuhurtziagabekeria astunaren ondorioz. e) Material pornografikoa garrantzi handikoa denean. f) Erruduna horrelako jarduerak egiten aritzen den erakunde edo elkarte bateko kidea denean, erakunde edo elkarte hori iragankorra bada ere. g) Erantzulea adingabearen edo babes berezia behar duen desgaituaren aurrekoa, tutorea, kuradorea, zaintzailea, irakaslea edo egitez nahiz zuzenbidez, era iragankorrean bada ere, horretaz arduratzen den pertsona denean;

⁶³1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala ,2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183. artikulua.

*edo erantzulea adingabearekin edo babes berezia behar duen desgaituarekin bizi den edozein senide denean, edo konfiantzaz edo agintaritzaz abusatuz jardun den edonor denean*⁶⁴.

3.3.3. Portaera tipikoa izateko baldintzak

Portaera **Zigor Kodeko 183.Ter 1** artikulua araberan tipikoa izateko, hainbat inguruabar bete behar dira:

- 1) **Internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiltzea 16 urtetik beherako adingabe batekin kontaktuan jartzeko helburuarekin.** Ezaugarri horrek ez du baztertzen subjektu pasiboaren eta subjektu aktiboaren artean lehenagoko kontaktu pertsonalik izatea. Baina ezinbestean, 16 urtetik gorako pertsona teknologia berrien bidez kontaktuan jarri behar da 16urtetik beherako haur batekin⁶⁵.
- 2) **Kontaktua hasi duen 16 urtetik gorako pertsonak bien arteko elkartzea proposatzea Zigor Kodeko 183. artikuluko (sexu-abusuak eta sexu-erasoak 16 urtetik beherakoei) edo Zigor Kodeko 189. artikuluko (adingabeen pornografiaren sorkuntza) egitateren bat burutzeko helburuarekin.** Beraz, ezinbestekoa da aipatutako helburuarekin hasia kontaktua, helburu hori egon ezean, ez litzateke “chilgrooming” bezala ezaguna den delitutzat hartuko. Era berean, bien arteko elkartzeko hori ez da zertan fisikoa izan behar, nahikoa da delitugileak on-line bidezko pornografia lortzeko xedearekin jartzea hamasei urtetik beherako haurarekin kontaktuan. Beraz, ezinbestekoa da subjektu aktiboak Zigor Kodeko 183 edo 189. Artikuluetan aipatzen diren delituak burutzeko jomugarekin kontaktua hasia⁶⁶.

⁶⁴1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 189. artikulua

⁶⁵ ASENSIO, J, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., 73orr.

⁶⁶ *Ibid.*, 74.orr.

3) **Elkartzeko proposamena adingabearengan gerturatzera zuzendutako egintzekin batera joatea.** Delitua burututzat hartzeko hurbiltzera zuzendutako egintzak egotea ezinbestekoa da. Baina horrek ez du esan nahi bien arte kontaktuak pertsonala edo fisikoa izan behar duenik, aurretik azaldu bezala, nahiko da ekintzak burutzea on-line burutu daitekeen helburu batera bideratuta⁶⁷. Elkartzeko proposamena egiaztatu behar da gerturatzera bideratutako kanpo ekintzen bidez, besteak beste, elkartzeko lekua aukeratzea edo gerturatzera egiteko moduak zehaztea. Modu honetan, arriskurik gabeko proposamenak kanpo utzi nahi dira, benetan adingabearen sexu-askatasuna eta sexu-ukigabetasuna arriskuan jartzen dutenak kontuan hartuz⁶⁸.

Egitateak **Zigor Kodeko 183.Ter 2** artikulua araberaz zigorgarriak izateko, aurretik aipatutako elementuak bete behar dira, baina aldagaitza batekin. Zigor kodeko 183. Ter 1 artikulua hamasei urtetik gorako pertsonak komunikazio edo informaziorako teknologia bidez hamasei urtetik beherako pertsona batekin kontaktua sortzea zigortzen du, baina ondoren elkartzean bidez Zigor Kodeko 183 edo 189 artikuluan zigortzen diren egitateak gauzatzeko helburuarekin sortzen bazuen kontaktua⁶⁹. Aztertzen ari garen atalean, aldiz, hamasei urtetik gorako pertsonak komunikazio edo informaziorako teknologia bidez hamasei urtetik beherako pertsona batekin kontaktua sortu behar du baina ez ondorengo topaketa baterako, baizik eta **adingabeak irudikatzen edo agertzen dituen material pornografikoa lortzeko engainuzko egintzak egiteko edo horrelako argazkiak erakusteko helburuarekin**⁷⁰.

Aipatutako zehazteko, Muñoz Condek zehazten du hamasei urtetik beherako pertsonak ez diola zertan material pornografikoa bideratu Zigor Kodeko 183.Ter 2 artikulua gauzaten dela adierazteko. Nahiko izango litzateke kontaktua sortu duenak hamasei urte baino gutxiagoko pertsonari argazki pornografikoak eskatzea⁷¹. Horretaz gain, Zarate Condek dioen bezala, Zigor Kodeko 183. Ter 2 artikuluan garrantzitsua da ekintza hori iruzur bidez burutzea eta zehazki honela dio: “embraucar, es decir,

⁶⁷ ASENSIO, J, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., 74.orr.

⁶⁸ CORCOY, M, BOLEA, C et al, *Manual de derecho penal parte especial*, cit., 274.orr.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, cit., 208-209.orr.

⁷⁰ ASENSIO, J, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., 78.orr.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, cit., 275.orr.

engañar a la víctima para que le facilite o le envíe material pornográfico en el que aparezca un menor prevaleciéndose, para ello, de la inexperiencia o candor del engañado⁷².

Azkenik, aipaturiko adituak azpimarratzen du 183.Ter 2 artikulua zera dioela: *para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor*⁷³. Baina honek ez du esan nahi izaera pornografikoa duten argazkiak kontaktua sortu den adingabearenak izan behar direnik. Hau da, gerta liteke 16 urtetik gorago pertsona batek 16 urtetik beherako pertsona batekin kontaktua sortzea, eta iruzur bidez, izaera sexualeko beste adingabe baten argazkiak lortzea⁷⁴.

3.3.4. Prestamen-ekintzak

Zigor Kodeko 183. Ter 1 artikulua dugu, non informazio eta komunikaziorako bide teknologikoak erabiliz, 16 urte baino gutxiagoko pertsona batekin kontaktuan jartzea eta elkarren arteko topaketa bat proposatzea zigortzen den, betiere Zigor Kodeko 183 edo 189. artikuluetan aurreikusitako delituen bat burutzeko helburuarekin egiten bada⁷⁵. Artikulu zehatz honetan, Zigor Kodeko 183 edo 189 artikuluetan arautzen diren delituak burutzeko bidea diren egitateen aurrean gaude, beraz, aipatutako delituak egiteko prestamen-ekintzak zigortzen direla esan dezakegu.

Zehazki honela dio Cancio Meliá *“siendo necesario que la propuesta vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, siendo irrelevantes las proposiciones poco serias dado que, se trata de actos preparatorios de ulteriores delitos exigiéndose este requisito típico acompañado de la proposición de un encuentro”*⁷⁶. Era berean, Gorrioz Royok aipatzen du Zigor Kodeko 183. Ter 1

⁷²ZÁRATE CONDE, *Derecho Penal. Parte especial: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2016, 32. orr.

⁷³1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183 ter artikulua.

⁷⁴CORCOY, M, BOLEA, C et al, *Manual de derecho penal parte especial, cit.*, 275.orr.

⁷⁵Espainia. Zigor Kodearen, Martxoaren 30eko, 1/2015, Lege Organikoa. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183 ter 1 artikulua.

⁷⁶CANCIO MELIÁ, M, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, 928. orr.

atalean “*actos materiales encaminados al acercamiento*” esaldiarekin Zigor Kodeko 183 eta 189 artikuluetan zigortzen diren egitateak burutzeko bukatu gabeko saiakeraren aurrean egongo ginatekeela. Izan ere, aipatutako artikuluan bi delitu horiek burutzeko instrumentuak diren bideak zigortzen dira⁷⁷.

Artikulu honetako “*actos materiales*” espresioak izaera sexualeko ekintzari hasiera ematen ez dioten ekintzak (“*envío al menor de los billetes de tren para ir al lugar de encuentro*”) edo izaera sexualeko egintzari hasiera eman diezaioketen ekintzak (“*acudir al lugar de encuentro y besar en la mejilla al menor*”) hartu ditzake bere horretan⁷⁸. Hori dela eta, Zigor Kodeko 183. Ter 1 artikuluan prestamen-ekintzak zigortzen direla esan dezakegu.

3.3.5. Erantzukizun penala

Behin egitateak tipikotzat jotzeko bete behar diren elementuak aztertuta, legeak ezartzen duen zigorra azertu behar da⁷⁹:

Zigor Kodeko 183. Ter 1 artikuluan zehazten diren egintzak burutzen dituen pertsonari, hau da, informazio eta komunikaziorako bide teknologikoak erabiliz, 16 urte baino gutxiagoko pertsona batekin kontaktuan jartzen denari eta elkartzeko proposatzen dionari, betiere Zigor Kodeko 183 edo 189. artikuluetan aurreikusitako delituren bat burutzeko helburuarekin egiten duenari, **urtebete eta hiru urte bitarteko espetxe zigorra edo hamabi eta hogeita lau hilabeteko isun** zigorra ezarriko zaio.

Baina aurreikusitako zigorra goiko erdian ezarriko da hurbilketa indarkeria, larderia edo iruzur bidez burutzen bada.

Zigor Kodeko 183.ter 2 artikulua, aldiz, bertan zehazten diren egintzak burutzen dituen pertsonari, hau da, hamasei urtetik goragoko pertsonak komunikazio edo

⁷⁷ GORRIZ ROYO, E, “*On 'line chil groomin' en Derecho penal español*”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 2016, 30. orr.

⁷⁸ *Ibid.*, 31. orr

⁷⁹ 1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183 ter artikulua.

informaziorako teknologia bidez hamasei urtetik beherako pertsona batekin kontaktua sortu duneari adingabeak irudikatzen edo agertzen ditun material pornografikoa lortzeko edo horrelakoak erakusteko, **sei hilabete eta bi urte bitarteko espetxe zigorra** ezartzea aurreikusten du.

3.4. Zigor Kodeko 183. Quater artikulua

3.4.1. Sarrera

1/2015 Lege Organikoak sexu harremanenak izateko onarpena izateko gutxieneko adina 13 urtetik 16 urtera igo zuen, harreman sexualak onartzeko gaitasun “iuris et de iure” presuntzioa ezarriz. Baina elementu gehigarri bat ezarri zuen 1/2015eko LOak Zigor Kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluan, eta hori Zigor Kodeko 183. Quater artikuluan arautzen da. Zigor Kodearen erreforma honetan, adinak sortzen duen muga alde batera utziz, sexu harremanak izateko hamasei urtetik beherako onarpena onartzen da, beti ere, onarpen hori modu askez egiten denean eta egilea adingabearekiko adinez eta garapen graduz edo heldutasun mailaz antzeko denean. Zigor Kodeko 183. Quater artikulua sorrerarekin, onarpen sexuala baliozkoa izateko 16 urte izan beharrak sortzen duen zigorgarritasunaren handitze nabaria orekatzen saiatzen da legegilea. Izan ere, aldaketa honekin, Zigor Kodeko atal honetan babesten den ondasun juridikoa arriskuan jartzen ez duten ekintzen aurkako gehiegizko zigortzea ekidin nahi zen⁸⁰.

Hala ere, egoera hau legegileak zehaztu egiten du, onarpen sexuala kontuan izateko ezinbestean subjektu aktiboaren eta pasiboaren arteko adina eta garapena hurbilekoak izan behar direla esanez. Hori horrela izanda, Zigor Kodeko artikulua honetatik kanpo geratuko dira adingabeak heldutasun maila handia izan arren, adinez nabarmenki handiagoa den beste pertsona batekin gauzatutako sexu harremanak⁸¹.

⁸⁰MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 208-209.orr.

⁸¹SILVA, J, RAGUES, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial, cit.*, 141.orr.

3.4.2. Zigor Kodeko artikulua

Zigor Kodeko 183. quater artikulua Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluan aurkitzen da, hau da, 16 urtetik beherakoen aurkako sexu-erasoak eta sexu-abusuak zigortzen dituen Kapituluan.

Estatuko Aldizkari Ofizialaren arabera, Zigor Kodeko 183. quater artikulua honela dio:

*Hamasei urte baino gutxiagoko adingabeak adostasuna askatasunez ematen duenean, erantzukizun penaletik salbuetsita geldituko dira kapitulu honetan ezarritako delituak, egilea adingabearen pertsona hurbil bat denean, adinagatik eta garapen- edo heldutasun-mailagatik.*⁸².

3.4.3. Portaera zigorgabea izateko baldintzak

Portaerak **Zigor Kodeko 183. quater** artikuluan oinarrituta zigorgabeak izateko, hainbat inguruabar bete behar dituzte⁸³:

- 1) **Subjektu pasiboak 16 urtetik beherako pertsona bat izan behar du.**
- 2) Subjektu pasiboak **era librean onartu** behar du sexu harremanak izatea. Uriarte Quesadak dio onarpena modu librean emateko, portaeran ezin dela bortizkeriarik, larderiarik, ezta engainurik ere egon, eta horietako baten zantzuak baleude, adingabearen onarpenaren baliozkotasuna automatikoki bertan behera geratuko litzateke⁸⁴. Era berean, aipatzeko da Zigor Kodeak ez duela gutxieneko adin mugarik zehazten onarpena modu librean egiteko. Are gehiago, Uriarte Quesadak dioen bezala: “se podría contemplar como válido el consentimiento de un menor de ocho, nueve o diez años, casos en los cuales, hubiese sido

⁸²1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183 quater artikulua.

⁸³MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, cit., 206.orr.

⁸⁴URIARTE QUESADA, D, *EL GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 2015, 410.orr.

conveniente conservar iuris et de iure la irrelevancia del consentimiento sexual prestado por éste, sobre todo porque, como se expondrá en adelante, los restantes requisitos como la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, no ofrecen ninguna aclaración”⁸⁵.

Hala ere, legegileak onarpen askea egon dela onartzeko elementuak baldintzatzen ez dituen arren, epaile bakoitzak egoeraren arabera aztertu beharko ditu gauzatutako egitateak eta egoera. Horren adibidea dugu, Auzitegi Gorenak 67/2016 epaian, non egileak berrogeita sei urte zituen eta adingabeak hamaika honela aipatzen du: “la diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años”⁸⁶. Beraz, legegileak ez du zehazten gutxieneko adin muga. Hala eta guztiz ere, kontuan izan behar dugu, onarpen libreaz gain beste baldintza batzuk bete behar direla egitateak zigorgarriak ez izateko.

- 3) Egileak subjektu pasiboarekiko **adinez antzekoa** izan behar du. Legegileak ez du zehazten adin-antzekotasuna neurtzeko elementurik, honela epailearen esku uzten du kasu bakoitzean egilea eta subjektu pasiboa garapenean edo heldutasun mailan antzekoak diren erabakitzeko zeregina⁸⁷. Elementu hau oso zabala denez, honen aurrean, herrialde desberdinetan irtenbide desberdinak eman zaizkio: Suitzan adibidez, adinez antzekotasuna eman deman dela aipatzeko, subjektu aktiboaren eta subjektu pasiboaren arteko gehieneko adina hiru urtetan zehazten, baina Kanadan aldiz, subjektu pasiboaren adinaren arabera adin antzekotasuna emango da bi urteko adin tartearekin edo bost urteko adin

⁸⁵ URIARTE QUESADA, D (2015). *EL GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL*, cit., 409.orr.

⁸⁶ 67/2016 sententzia. Auzitegi Gorenaren (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urtarrilaren 21^a.

⁸⁷ MAZA MARTIN, JM. *Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal*. Madrid, España, 2017, 18. orr.

tartearekin⁸⁸. Espainiaren kasuan, legegileak ez du subjektu aktiboaren eta subjektu pasiboaren arteko gehieneko adin tarterik zehazten.

Artikulu honetan 2011ko abenduaren 13ko Europako Parlamentuko eta Kontseiluko 2011/93/UE Zuzentarauko 20 artikulua izan behar dugu kontuan. Honela dio Zuzentarauko 20. Artikuluak: La presente Directiva “no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación⁸⁹”.

- 4) Egileak subjektu pasiboaren **pareko garapen-gradua edo heldutasun maila** izan behar du. Heldutasun mailaren elementuarekin, egoera ulertzeko eta egoera horretatik sortu daitezkeen ondorioak baloratzeko gaitasunari egiten dio erreferentzia legegileak. Hala ere, legegileak ez du zehazten garapen maila neurtzeko elementurik, honela epailearen esku uzten du kasu bakoitzean egilea eta subjektu pasiboa garapenean edo heldutasun mailan antzekoak diren erabakitzeke zeregina. Izan ere, jasotako informazioak, esperientziak, inguruak, aukera sozialak eta kulturalak, baita pertsonak jasotako laguntzak ere eragina du norberaren garapenean. Hori dela eta, ulertzeko gaitasuna ez dator bat adin kronologikoarekin. Beraz, esan dezakegu oso zaila dela mugak zehaztea. Hala ere, kontuan izan behar da egilearen eta subjektu pasiboaren arteko adin desberdintasuna zenbat eta handiagoa izan, orduan eta nabariagoak izan beharko

⁸⁸ 1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, Zigor Kodeko 183 quater artikulua interpretazioaren inguruako, 2017ko ekainaren 6 koa, 1. orr.

⁸⁹2011/93/UE Zuzentaruak, Europako Kontseilu eta Parlamentuarena, 2011ko abenduaren 13koa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala, L 335, 2011ko abenduaren 17a, 10. orr.

direla heldutasun-edo garapen-mailan bien arteko antzekotasuna dagoela egiaztatzen duten elementuak⁹⁰.

3.5. Taula

Zigor Kodeko II. liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluan agertzen diren artikuluetan analisia egin ondoren, artikuluen arteko elementuak modu argian bereizteko taula hau osatu dut:

	<u>2015eko erreforma baina lehenago</u>	<u>2015eko erreformaren ondoren</u>
Zigor Kodeko 183. Artikulua	<p>-SUBJEKTUAK: subjektu aktiboa 14 urte edo 14 urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 13 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p>-PORTAERA TIPIKOA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.1 art: sexu-ukigabetasunaren aurkako ekintzak burutzea. • ZK 183.2 art: sexu-ukigabetasunaren aurkako ekintzak indarkeria edo larderia bidez burutzea. • ZK 183.3 art: sexu-ukigabetasunaren aurkako ekintzak maginatik, uzkitik zein ahotik haragitzea, edota lehenengo bi bide horietatik batetik gorputz-adarrak nahiz 	<p>-SUBJEKTUAK: subjektu aktiboa 16 urte edo 16 urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 16 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p>-PORTAERA TIPIKOA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.1 art: izaera sexualeko ekintzak burutzea. • ZK 183.2 art: izaera sexualeko ekintzak indarkeriaren bidez edo larderiaren bidez burutzea. Indarkeria edo larderia hirugarren pertsona batekin izaera sexualeko ekintzetan

⁹⁰ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 206.orr

	<p>gauzak sartzea.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.4 art: aurreko hiru zenbakietan aurreikusten diren ekintzak goiko erdian zigortzeko: a)Haurraren garapen intelektual edo fisiko urriak erabateko babesgabetasun egoeran jarri behar du biktima, edo, lau urte baino gazteagoa izatea. b)Egitateak bi pertsona edo gehiagoren artean gauzatzea. c)Erabilitako indarkeriak edo larderiak izaera benetan apalgarria edo iraingarria izatea. d) egilea nagusitasun-egoeraz edo ahaidetasun egoeraz baliatzea. e)biktimaren bizitza edo osasuna arriskuan jartzea. f) egitateak talde kriminal baten barnean gauzatzea. • ZK 183.5 art: egilea bere agintari agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatzea. <p><u>-ERANTZUKIZUN PENALA:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.1 art: 2-6 urte bitarteko espetxe zigorra. • ZK 183.2 art: : 5-10 urte bitarteko espetxe zigorra. • ZK 183.3 art: lehenengo ataleko egitateen kasuan 8-12 urteko espetxe zigorra. 	<p>parte hartzea edo norberarengan burutzea.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.3 art: sexu-ukigabetasunaren aurka ekintzak maginatik, uzkitik zein ahotik haragitzea, edota lehenengo bi bide horietatik batetik gorputz-adarrak nahiz gauzak sartzea. • ZK 183.4 art: aurreko hiru zenbakietan aurreikusten diren ekintzak goiko erdian zigortzeko: a)Haurraren garapen intelektual edo fisiko urriak, edo buru-nahastea izateak erabateko babesgabetasun egoeran jarri behar du biktima, edo, lau urte baino gazteagoa izatea. b)Egitateak bi pertsona edo gehiagoren artean gauzatzea. c)Erabilitako indarkeriak edo larderiak izaera benetan apalgarria edo iraingarria izatea. d) egilea nagusitasun-egoeraz edo ahaidetasun egoeraz baliatzea.
--	--	--

	<p>Bigarren ataleko egitateen kasuan 12-15 urte bitarteko espetxe zigorra.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.4 art: aurreko hiru zenbakietan aurreikusten diren ekintzen zigorra goiko erdian. • ZK 183.5 art: egitateengatik aurreikusitako espetxe zigorra eta 6-12 urte bitarteko lanerako erabateko gaitasun-gabetzea. 	<p>e) biktimaren bizitza edo osasuna doloz edo zuhurtziagabekeriaz arriskuan jartzea. f) egitateak talde kriminal baten barnean gauzatzea.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.5 art: egilea bere agintari, agente edo funtzionario publiko egoeraz baliatzea. <p><u>-ERANTZUKIZUN</u></p> <p><u>PENALA:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183.1 art: 2-6 urte bitarteko espetxe zigorra. • ZK 183.2 art: 5-10 urte bitarteko espetxe zigorra. • ZK 183.3 art: lehenengo ataleko egitateen kasuan 8-12 urteko espetxe zigorra. Bigarren ataleko egitateen kasuan 12-15 urte bitarteko espetxe zigorra. • ZK 183.4 art: aurreko hiru zenbakietan aurreikusten diren ekintzen zigorra goiko erdian. • ZK 183.5 art: egitateengatik aurreikusitako espetxe
--	--	--

		<p>zigorra eta 6-12 urte bitarteko lanerako erabateko gaitasun-gabetzea.</p>
<p>Zigor Kodeko 183. Bis artikulua</p>	<p>-SUBJEKTUAK: subjektu aktiboa 14 urteko edo 14 urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 13 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p>- PORTAERA TIPIKOA:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183. Ter.1 art: Internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiliz 13 urte baino txikiagoko adingabe batekin kontaktuan jartzea, eta aurrez aurreko kontaktua proposatzea, Zigor Kodeko 178, 183 edo 189. Artikuluko egitateren bat burutzeko helburuarekin. <p>-ERANTZUKIZUN PENALA: 1-3 urte bitarteko espetxe zigorra edo hamabi eta hogeita lau hilabeteko isun zigorra. Ekintza indarkeria, larderia edo iruzur bidez egiten bada, aurreikusitako zigorra goiko erdian.</p>	<p>-SUBJEKTUAK: subjektu aktiboa 16 urteko edo 16 urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 16 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p>-PORTAERA TIPIKOA: helburu sexualekin 16 urteko edo 16 urte baino gutxiagoko pertsona bat izaera sexualeko jarrera izatera bultzatzea edo izaera sexualeko ekintzak ikustera behartzea edo sexu-abusuak ikustera behartzea, nahiz eta, egintzaren egileak zuzenean ez parte hartu.</p> <p>-ERANTZUKIZUN PENALA: 6 hilabete eta 2 urte bitarteko espetxe zigorra. Sexu-abusuen kasuan, urtebete eta hiru urte bitarteko espetxe zigorra.</p>
		<p>-SUBJEKTUAK: subjektu aktiboa 16 urte edo 16</p>

<p>Zigor Kodeko 183. Ter artikulua</p>		<p>urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 16 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p><u>-PORTAERA TIPIKOA:</u></p> <p>• ZK 183. Ter.1 art: Internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiliz 16 urte baino txikiagoko adingabe batekin kontaktuan jartzea, eta aurrez aurreko kontaktua proposatzea, Zigor Kodeko 183 edo 189. Artikuluko egitateren bat burutzeko helburuarekin.</p> <p>• ZK 183. Ter.2 art: Internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiliz 16 urte baino txikiagoko adingabe batekin kontaktuan jartzea, ondoren iruzur bidez adingabe bat agertzen den material pornografikoa sortzeko edo jasotzeko helburuarekin.</p>
---	--	---

		<p><u>-ERANTZUKIZUN</u></p> <p><u>PENALA:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • ZK 183. Ter.1 art: 1-3 urte bitarteko espetxe zigorra edo hamabi eta hogeita lau hilabeteko isun zigorra. Ekintza indarkeria, larderia edo iruzur bidez egiten bada, aurreikusitako zigorra goiko erdian. • ZK 183. Ter.2 art: 6 hilabete eta 2 urte bitarteko espetxe zigorra.
<p>Zigor Kodeko 183. Quater artikulua</p>		<p><u>-SUBJEKTUAK:</u> subjektu aktiboa 16 urte edo 16 urtetik gorako pertsona bat. Subjektu pasiboa, aldiz, 16 urtetik beherako pertsona bat.</p> <p><u>-EGITATEAK:</u> 16 urtetik beherako pertsonak erabakia modu librean hartzea, baita egilea adinez eta garapen eta heldutasun mailaz antzekoa izatea.</p> <p><u>-ERANTZUKIZUNA:</u> aipatutako elementuak betetzen direnean, portaerak zigorgabea</p>

		izango da, eta ondorioz, ez du erantzukizun penalik.
--	--	--

4. Azterketa kritikoa

4.1. Erreformaren beharra al zegoen?

4.1.1. 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpena

Azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organiko bidez onartutako Zigor Kodeak erabateko berrikustea eta gaurkotzea jasan zuen 2015ean. Zigor Kodearen azkeneko erreforma 1/2015 Lege Organikoaren bidez egin zen, eta Zioen Adierazpenek, zehazki zazpigarren atalak, hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoen Kapituluari Zigor Kodeak jasandako eraldaketak zein diren eta horien arrazoiak ematen ditu⁹¹.

Zioen Adierazpenaren arabera, “se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo”⁹².

Zuzentarau honek Europako kide diren estatuak adingabeen aurkako sexu-abusu, sexu-ustiapen, adingabeen pornografia eta beste hainbat arlotan aurreikusten diren zigorrak gogortzera behartzen ditu. Zehazki honela dio aipatutako Zuzentaruako 15. Artikuluak: La presente Directiva obliga a los Estados miembros a establecer sanciones penales en su legislación nacional respecto a las disposiciones del Derecho

⁹¹ AMADEO GADEA, S, *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, cit., 10-12. orr.

⁹² 1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. Atariko XIII, atala.

de la Unión en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil⁹³.

Lehenik eta behin, 1/2015eko Lege Organikoaren erreforma bidez indarrean sartutako aldaketetako bat onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 13 urtetik 16 urtera igotzea da; izan ere, erreforma aurreko Zigor Kodean adingabeen ondasun juridikoa babesgabezia zegoela ulertzen da, eta 16 urtetik beherako sexu-ukigabetasunak zigor zuzenbidearen babes berezia behar duela aipatzen da 1/2015 Loaren Zioen Adierazpenean. Zuzentarauak onarpen sexuala emateko gutxieneko adina honela definitzen du: *“edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”*.

Erreforma baino lehen, Espainiako Zigor Kodean aurreikusten zen adina 13 urtekoa zen, Europako gainontzeko herrialdeenaren azpitik zegoena. Are gehiago, Europako gainerako herrialdeetan onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 15 urte inguru zegoen, eta horrek Espainia mundu mailan adin muga baxuenetarikoa zuen herrialde gisa irudikatzen zuen. Egoera horren aurrean, Zioen Adierazpenek aipatzen dutenaren arabera, Haurraren Eskubideen gaineko Nazio Batuen Erakundearen Batzordeak Espainiako Zigor Kodearen erreforma egitea iradoki zuen; honela, onarpen sexualaren adina igotzean Haurtzaroaren Eskubideen gaineko Hitzarmenera egokituko litzateke Espainiako araudia⁹⁴. Aldaketa horrekin, 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpenen arabera Espainiak adingabeen eskaintzen zien babesa hobetzea lortu nahi zen.

Modu honetan, 2015etik aurrera, hamasei urtetik beherako adin txikiko batekin izaera sexualeko harremanak burutzea delituzko portaeratzat hartzen da. Hala ere, 1/2015eko Lege Organikoaren erreformak artikulua bat gehitzen dio Zigor Kodeari non harreman horiek ez diren zigorgarriak izango, onartuak izateaz gain, adingabearekiko adinez eta

⁹³2011/93/UE Zuzentaraua, Europako Kontseilu eta Parlamentuarena, 2011ko abenduaren 13koa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala, L 335, 2011ko abenduaren 17a, 2. orr.

⁹⁴ 1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. Atariko XIII, atala.

heldutasun eta garapen mailaz antzekoak diren pertsona batekin gauzatzen direnean (Zigor Kodeko 183. Quater artikulua).

Zigor Kodeko azkeneko erreforman legegileak 183. Quater artikulua eransteko beharra ikusi zuen; izan ere, aipatutako Zuzentarauk 20. artikulua zera aipatzen du: *la presente Directiva no regula las políticas de los Estados miembros con respecto a los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal, habida cuenta de las diferentes tradiciones culturales y jurídicas y de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación*⁹⁵.

Zentzu berean, 2007ko urriaren 25ean Lanzaroten adingabeen aurkako sexu-abusuen eta sexu-ustiapen babeserako eginiko Europako Kontseiluaren Hitzarmenaren Memorandumak ohartarazten du hitzarmenaren asmoa ez dela sexualitatea arakatzeko ari diren gazteen arteko ekintzak kriminalizatzea, betiere nerabe horiek adinez eta heldutasunez antzekoak diren heinean⁹⁶. Gainera, Zigor Kodearen Erreformaren 2009ko Aurreproiektuak aintzakotzat hartu zuen adin bereko edo antzeko adina duten adin txikikoen arteko kontaktu sexualak ez duela euren sexu-ukigabetasunean eragin negatiborik eta ondorioz, ez lukeela penalki zigorgarria izan beharko; betiere, egitate horietan abusu edo bidegabeko portaera baten zantzuak ez dauden bitartean. Hori dela eta, Espainiako legegileak, berez egitateak zigorgarriak izan arren, adinez eta heldutasun mailaz antzekoak diren nerabeengan babestu nahi den ondasun juridikoa arriskuan jartzen ez duten ekintzak zigortzea ekiditeko Zigor Kodeko 183. Quater artikulua sartu behar izan zuen indarrean⁹⁷.

Zuzenbide konparatiboaren arloan, halako asimetria klausulak “cláusulas de Romeo y Julieta” izenez ezagutzen dira. Fenomenoaren izendatze horren arrazoia hau da “en la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido todavía los 14 años. La

⁹⁵2011/93/UE Zuzentaraua, Europako Kontseilu eta Parlamentuarena, 2011ko abenduaren 13koa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala, L 335, 2011ko abenduaren 17a, 3. orr.

⁹⁶ 1/2017 Zirkularra, *cit.*, 2.orr.

⁹⁷1/2017 Zirkularra, *cit.*, 3.orr.

obra no precisa la edad de Romeo, aunque sí se le describe como joven. El propósito de este tipo de disposiciones consiste en evitar que la norma, al establecer límites de edad, pueda conllevar interpretaciones estrictas que impidan las relaciones sexuales consentidas entre personas jóvenes semejantes en edad y madurez”⁹⁸.

Aipatutakoaren harira, doktrinak zehazten du haurren aurkako sexu-abusuen eta sexu-erasoen delituen bidegabeko nukleoa honakoa dela: subjektu aktiboak sexu harremanak mantentzen dituenean adigabetasunaren ondorioz heldutasun maila desberdinean dagoen pertsona batekin, eta heldutasunaren maila desberdin horrek adin txikiko pertsonak modu askean erabakitzea eragozten duenean. Aitzitik, 183. Quater artikuluan ez da egoera hori ematen nerabeetako bat adinez heldua den arren, subjektu pasiboarekiko adinez eta heldutasun mailaz antzekoa denean, bi pertsonen arteko harreman sexualen esperientzia eta itxaropenak antzekoak izan beharko luketelako⁹⁹.

Bukatzeko, 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpenaren arabera, internet edo komunikaziorako balio duten bestelako bide elektronikoen bidez gauzatzen diren sexu-abusuak burutzeko erraztasunaren eta horien anonimatuaren ondorioz, Zigor Kodeko 183.ter artikuluan atal berri bat sartzen da indarrean. Zigor Kodearen atal berri honek iruzur bidez adingabe bat agertzen den material pornografikoa sortzeko edo jasotzeko helburuarekin, internet, telefono edo informazio eta komunikaziorako edozein beste bide erabiliz 16 urte baino txikiagoko adingabe batekin kontaktuan jartzen den subjektua zigortzen du.

4.1.2. Adierazpenaren azterketa kritikoa

4.1.2.1. Onarpen sexuala kontuan hartzeko gutxieneko adin muga

⁹⁸ FERNANDEZ REBORDINOS, I, *LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ESFERA PENAL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING*, Universidad de León, León, 2016, 37. orr.

⁹⁹ 1/2017 Zirkularra, *cit.*, 3.orr.

Aurreko atalean ikusi dugun moduan, 1/2015 Lege Organikoaren bidez Zigor Kodean zenbait aldaketa egin ziren. Zioen Adierazpenak argi uzten dute, aldaketa nabarmenena hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak Kapituluako subjektu aktiboaren adina dela. Izan ere, onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 13 urtetik 16 urtera igo zen, eta horrekin batera delitu horien biktima izateko adina ere igo zen¹⁰⁰. Aldaketa horren arrazoi nagusia 2011/93/UE Zuzentaraua betetzea da.

Baina Zuzentarauak ez du zehazten hamasei urteetan izaera sexualeko ekintzak burutzeko gutxieneko adina¹⁰¹. Muñoz Condek dioen bezala “La Directiva, lo que hace es fijar que la edad debe determinarse de conformidad con el Derecho Nacional que en unos países prevé una edad de trece años en otros de catorce años, y en otros de quince”¹⁰². Erreforma aurretik Espainian onarpen sexuala emateko gutxieneko adina inguruko herrialdeekin alderatuz bereziki baxua zela onartu behar den arren, kulturalki Espainiarekiko antzekoak diren Italia edo Portugal bezalako herrialdeek gutxieneko muga hamalau urtetan zehazten dute¹⁰³.

4.1.2.2. Datu estatistikoak

Horrekin batera, Morillas Cuevak aipatzen du, sexu-abusuen arloan adingabeen babes penalari dagokionez, Haurren Eskubideen inguruko Hitzarmena ez betetzeagatik ez zaiola Espainiari zehazki zuzendutako Gomendiorik egin; izan ere, hitzarmenak Espainian onarpen sexuala emateko gutxieneko adin muga bereziki baxua izateak sortzen duen kezka da aipatzen duen elementu bakarra. Era berean, aipatzen du ikerketa bidez lortutako arrazoi zientifikorik ez dagoen bitartean, onarpen sexuala emateko gutxieneko adina hamasei urte izatea gehiegizkoa dela¹⁰⁴. Bere esanetan,

¹⁰⁰SANZ MULAS, N, *Política criminal*. Ratio Legis. Salamanca, España, 2017, 160-161. orr.

¹⁰¹ BERNABE PENALVER, A, *Las reformas de los abusos y agresiones sexuales a menores*, cit., 13. orr.

¹⁰² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal parte especial*, cit., 206.orr.

¹⁰³BERNABE PENALVER, A. *Las reformas de los abusos y agresiones sexuales*, cit., 14.orr.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 15.orr.

hamasei urteko adina muga altuegia da, kontuan izanik Espainiako gazteen %30a adin muga hori baino lehenago hasten dela harreman sexualak izaten¹⁰⁵.

Aipatutakoa arrazoituz, Daphne taldeak 2009an eginiko “*La 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española*” izeneko galdeketa baten arabera, azkeneko urteetan haragitze bidez eginiko harreman sexualek gehikuntza jasan dute 15 eta 19 urte bitarteko gazteen artean. Izan ere, 2005ean aipatutako adin tarteko Espainiako populazioaren %52,8ak mantentzen zituen haragitze bidezko harreman sexualak, eta 2009an aldiz, tasa hori %65,7ra igo zen¹⁰⁶.

Are gehiago, *Sociedad de Contracepción de España* izeneko fundazioak 2018an antisorgailuen inguruko Estatu mailako galdeketa bat burutu zuen Espainian. Galdeketa horretarako, 15 eta 49 urte bitarteko 1800 emakumei telefono bidezko 28 galdera egin zitzaizkien. Inkesta horretako emaitzek adierazten dute 2018an 45 eta 49 urte bitarteko emakumeek batzaz beste 19 urterekin eduki zituztela lehenengo harreman sexualak. Baina, 15 eta 19 urte bitarteko gazteen kasuan, batzaz beste 16 urterekin izan zituzten lehenengo harreman sexualak¹⁰⁷.

Beraz, datuek argi adierazten dute espainiar gazteak geroz eta lehenago hasten direla harreman sexualak edukitzen. Hori dela eta, onarpen sexuala 16 urtera mugatzea gehiegizkoa dela esan dezakegu, alde batetik, EBko Zuzentarauak eskatzen duen muga baino altuago delako, eta beste aldetik, Espainiako gazteria adin muga hori baino lehenago hasten delako harreman sexualak izaten.

Espainiako legegileak onarpen sexuala emateko gutxieneko adina 16 urtetan mugatzea gehiegizkoa dela baieztatzeko beste arrazoi bat aipatzen du Villacampa Estiartek, zeinak groomingaren inguruan 15 eta 18 urte bitarteko gazteei Katalunian eginiko ikerketa baten bidez ondorioztatzen duen adina ez dela grooming delituagatik

¹⁰⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado*, cit., 435-436.orr.

¹⁰⁶ DAPHNE, *La 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española*, 2009, 8. orr.

¹⁰⁷ Sociedad española de contracepción. *Presenta la Encuesta Nacional 2018 sobre la Anticoncepción en España*. 2018.

biktimizazioan eragina duen elementua. Izan ere, inkestan zehar planteaturiko kontu gehienetan ez zegoen desberdintasun estatistiko adierazgarririk¹⁰⁸.

4.1.2.3. Ukigabetasun sexualaren babes falta al zegoen?

1/2015 LOaren Zioen Adierazpenarekin jarraituz, araudiak jasandako aldaketen beste arrazoietakoa bat 2015eko erreforma baino lehenago 13 eta 16 urte arteko adin txikikoen ukigabetasun sexualari buruzko erabateko babes falta zen. Baina kontuan izan behar da, adingabe horien sexu-ukigabetasuna, besteak beste, Zigor Kodeko 181.2 artikulua bidez babesten zela, zeinaren arabera artikulua bereko lehenengo ataleko egitateak onartu gabeko sexu-abusutzat hartuko direla zentzuaz gabetuta dauden pertsonak direnean¹⁰⁹. Ropero Carraskok dioen bezala, 16 urtetik beherako adingabeek izaera sexualeko ekintzen edukia eta ondorioak ulertzeko gaitasun nahikorik ez dutela frogatuko balitz, ez litzateke adingabe horren onarpen sexuala onartuko. Hori horrela izanda, 5/2010eko Lege Organikoaren bidez indarrean sartutako 181.2 artikuluko tipo penalak 13 eta 16 urte arteko adin txikikoen sexu-ukigabetasuna babesten zuela adierazten du¹¹⁰.

Horretaz gain, Zigor Kodeko 181.3 artikulua izan behar dugu kontuan, zeinak honela dioen: *La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*¹¹¹. 16 urtetik beherako adin txikikoekin sexu harremanak

¹⁰⁸ VILLA CAMPA ESTIARTE, C, “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, *e-Eguzkilore. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*. Num. 2, 2017, 10. orr.

¹⁰⁹ 5/2010 Zigor Kodeko 181. 1 eta 181.2 artikulua: 1. *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.*

¹¹⁰ ROPERO CARRASCO, J, *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores*. Universidad de Santiago de Compostela. *Estudios penales y criminológicos*, 2014, Vol. 34: 230. Orr, 10/04/2019 berreskuratura, 259-260. orr.

¹¹¹ 5/2010, Lege Organikoa, Ekainaren 22koa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala ,2010eko ekainaren 22, 9953. Zenb. 181.3 artikulua.

dituen pertsona heldua nagusitasun egoeraz baliatzen dela frogatuko balitz ZK-ko 181.3 artikuluan oinarrituta zigortuko litzateke. Izan ere, Muñoz Condek dioenaren arabera “el aprovechamiento de situaciones ya dadas porque la víctima tiene menores posibilidades de defenderse es reconducible al abuso de superioridad...cuando solo existe la inferioridad propia de la edad, debe acudirse a la circunstancia de abuso de superioridad”¹¹².

Era berean, 1/2015 Lege Organikoaren bidez eginiko erreforma baino lehena, Zigor Kodeko 182.1 artikulua hamahiru eta hamasei urte bitarteko adin txikiko bati iruzur bidez eginiko abusuak zigortzen zituen, egitate horietan zehaztutako eraso maginatik, uzkitik zein ahotik burututako haragitzearen larriagotzea ZK-ko 182.2 artikuluan zehaztuz¹¹³. Hamahiru eta hamasei urte bitarteko adingabeak heldu batek burututako abusu sexualen aurrea bereziki zaurgarriak direnez, tipo penal hau sortzen da. Izan ere, Muñoz Condek dioen bezala, “la diferencia de edad del sujeto activo con el sujeto pasivo permite poder hablar de “engaño” y que estos se incluyan dentro del abuso sexual por prevalimiento”¹¹⁴. Beraz, 1/2015 Lege Organikoaren erreforma baino lehenago jadanik aintzat hartzen zen, hamahiru eta hamasei urteko adin txikikoen sexu-ukigabetasunak Zigor arloko Zuzenbidearen eskutik babes berezia behar zuela.

Adingabeen ustezko babes faltarekin bukatzeko, 2015eko erreforma baino lehen, Zigor Kodeko 189.4 artikulua adingabeak galbidean jartzea zigortzen zuen: *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*¹¹⁵. Gainera, legegileak delitu honen subjektu

¹¹²MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 238.orr.

¹¹³ 5/2010 Zigor Kodeko 182. artikulua: 1. *El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses. 2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª, o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.*

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 237.orr.

¹¹⁵ 5/2010, Lege Organikoa, Ekainaren 22koa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala ,2010eko ekainaren 22, 9953. Zenb. 189.4. artikulua.

pasiboa hamahiru urtetik beherako pertsona izan beharrean, adin txikiko bat dela aipatzen du, hau da, hemezortzi urte baino gutxiagoko pertsona.

Beraz, 1/2015eko Lege Organikoaren bidez Espainiako legegileak hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak zigor zuzenbidearen babes berezia behar izanaren arrazoa bertan behera geratzen da. Izan ere, ikusi dugun bezala, erreforma aurreko Zigor Kodeak artikulua batean ez ezik, hiru artikuluren bidez babesten zuen adingabeen sexu-ukigabetasuna. Beraz, delitu mota hauen subjektu pasiboaren adina handiagotzea ez zela beharrezkoa ikusi dezakegu.

4.1.2.4. Grooming eta sexting delituen kritika

1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpenaren kritikarekin amaitzeko, bide elektronikoen bidez burutzen diren sexu-abusu eta sexu-erasoak burutzeko erraztasuna dela-eta, Zigor Kodean artikulua berri bat sortzeko beharra ikusi zuen Espainiako legegileak: Zigor Kodeko 183.ter 2 artikulua¹¹⁶. Grooming estrategien bidez adingabeen aurka sexu-abusuak zein eraso sexualak burutzen dituzten harrapari sexualen aurrean adingabeak babesteko ustezko beharra aztertzeke asmoarekin, Villacampa Estiartek Katalunian ikerketa bat burutu zuen¹¹⁷.

Villacampa Estiartek ausaz aukeratutako 14 eta 18 urte bitarteko Kataluniako 489 gazteei egin zien 60 galderako inkesta anonimo bat. Gazte hauek Derrigorrezko Bigarren Hezkuntza, Batxilergoan edo Erdi-mailako Zikloetan ikasten ari ziren. Inkesta horrek hiru atal zituen: lehenengo atalak gaztearen inguruko datu orokorrak biltzea zuen helburu (adina, sexua, bizilekua eta abar); bigarren atalak berdinen arteko eta helduek burututako grooming delituaren analisia, biktimen ezaugarriak aztertzea eta delituaren ondorioak aztertzea zituen helburu. Azkenik, hirugarren atalak sexting delitua aztertzea zuen helburu nagusia, bereziki gazteek delitu mota honetan zuten

¹¹⁶ AMADEO GADEA, S, *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, cit.,10-12. orr.

¹¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C, "Predadores sexuales", cit.,26. orr.

parte-hartze aktibo zein pasiboa, baita sexting delituak biktimarengan sortzen dituen ondorioak ere¹¹⁸.

Ikerketa honen emaitzek erakutsi dute, alde batetik, groomingaren kasuan, izaera sexualeko ekintzak burutzeko asmoz adingabearekin bide teknologikoak erabiliz kontaktatzen duen pertsona helduen kasuak ez direla ohikoak izaten. Izan ere, laginaren %21ak soilik izan zuen online bidezko kontaktua ezagutzen ez zuen pertsona heldu batekin. Zifra hau Europar Batasuneko ehunekoaren azpitik aurkitzen da (%34)¹¹⁹. Katalunian burututako ikerketaren arabera, laginaren %5ak onartu zuen heldu batek burututako grooming delitua jasan izana; hala ere, Europa mailan delitu horien biktima diren adingabeak %9a osatzen dute¹²⁰. Beste batetik, sexting delituen kasuan, elkarrizketatutako %11k internet bidez izaera sexualeko argazkiak ikusi izana baieztatzen du, eta laginaren %9ak izaera sexualeko argazki eta mezuak jaso edo bidali izana onartzen du. Hala ere, zifrak altua dirudien arren, Europar Batasuneko portzentajeen azpitik aurkitzen da. Izan ere, delitu horien Europako biktimen batz bestekoa %15eko da¹²¹.

Era berean, ikerketa honek, aipatutako bi delituek biktimengan duten eragina aztertzea zuen helburutzat. Elementu hori aztertzeko, delitutzat hartzen diren egitateak ematean nola sentitu ziren adierazi behar zuten biktimek. Alde batetik, groomingaren kasuan, laginaren gehiengoak axolagabeko ekintzatzat hartu zuela adierazi zuten. Beste batetik, sextingaren kasuan, “la opción mayoritariamente seleccionada fue “otros” para referir que el encuestado se había sentido indiferente ante la situación, o que el suceso le había hecho sentirse contento, sorprendido, o incluso divertido”¹²². Hori dela eta, bi delitu mota hauek adingabearengan ondorio negatiborik ez sortzearekin batera, haurren ukigabetasun sexuala ez dutela urratzen ikusi dugu.

¹¹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Predadores sexuales online”, *cit.*, 6. orr.

¹¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C eta GOMEZ ADILLON, M, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, 2016, 2. orr.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Ibid.*, 14. orr.

¹²² *Ibid.*, 28. orr.

Beraz, grooming eta sextingaren inguruan eginiko ikerketa honek argi adierazten du delitu mota hauen tasa urriak eta delitu horiek adingabeengan sortzen duten ondorio negatiboen eskasiak ez dutela arrazoitzen 1/2015 Lege Organikoaren bidez tipo penal hauek sortzea edo indartzea, bereziki adingabeen sexu-ukigabetasunaren aurkako delituen arloan. Ikerketaren emaitza hauek zalantzan jartzen dute grooming bezala ezagutzen diren delituen beharra adingabeen sexu-ukigabetasunaren aurkako jarrera larriagoak ekiditeko bide bezala.

Villacampak eginiko galdeketek bistan utzi dute egitate hauek ez dutela adingabearen ongizatean edo garapenean eragin negatiborik, eta besteak beste, Muñoz Condek argi adierazten duen bezala, adingabeen kasuan aipaturiko elementu horiek babestu egin behar dira soilik nortasunaren garapen askean eta bilakaeran eragina duen heinean eta eragin horrek adingabearen etorkizuneko oreka psikikoan edo bizitzan aldaketa garrantzitsuak sor ditzakeen heinean¹²³.

Horregatik guztiatik, Villacampa Estiarte eta Gomez Adillonek honela diote: "conforme se ha defendido, debía hacerse desde la política criminal punitivista imperante sobre el particular en el ámbito internacional con base en demostrados pánicos morales"¹²⁴. Egia da, Lanzaroteko Hitzarmenaren 23 artikuluari¹²⁵ eta

¹²³MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial, cit.*, 118.orr.

¹²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C and GOMEZ ADILLON, M, "Nuevas tecnologías y victimización", *cit.*, 28.orr.

¹²⁵ Lazaroteko Hitzarmeneko 23. artikulua: *Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.* Eta Lazaroteko Hitzarmeneko 18.2 Artikulua dio: *1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales: a) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades; b) realizar actividades sexuales con un niño: Recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia. 2. A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño.*

2011/93/UE Zuzentarauko 6. artikuluar¹²⁶ jarriki, espainiar legegilea behartuta zegoela adingabeei eginiko online bidezko eskaera sexualak zigortzera. Kontuan hartuta halako jokaeren inguruan aipatutako ikerketa honetatik ondorioztatzen den larritasun urria, Espainiako legegilea nazioarteko dokumentu horietan eskatutako egitateak zorrozki tipifikatzera mugatu beharko litzateke.

Bi instrumentuek, sexu-abusuak burutzeko helburuarekin, adinez da subjektu aktibo batek adin txikiko bati elkartze fisiko bat proposatzea eta horiek burutzeko egintzak tipifikatzea eskatzen dute. Baina ikusi dugun bezala, Espainiako legegilea Zigor Kodearen azkeneko erreforman, ez da aurreko bi arauak aipatzen duten ezinbesteko minimora mugatu. Izan ere, 2011/93/UE Zuzentaruak eta Lanzaroteko hitzarmenak zehazki adin muga aipatzen ez duten arren, Espainiaren ondoko herrialdeek onarpen sexuala kontuan hartzeko gutxieneko adina 13-15 urte bitartean finkatu dute zuzentaruak errespetatuz, eta Espainiak adin muga hamasei urtetan zehaztu du. Espainiako legegileak, nazioarteko betebeharrak askogatik gaintitzen dituzten egitateak gehitu ditu Zigor Kodeko 183. ter artikuluan¹²⁷.

Bestalde, Garcia Alvarezek dioen bezala: “En su nueva redacción el artículo castiga en su primer apartado una conducta que si es correctamente interpretada, vaciará de contenido al delito en él previsto (delito que, de hecho, y como lo pone de manifiesto la propia Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013, hasta la fecha ha tenido nula repercusión práctica) ya que si la inducción tiene éxito y el menor envía al embaucador el material pornográfico elaborado con otro menor o fotos de otro menor desnudo, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de

¹²⁶ 2011/93/UE Zuzentarauko 6. artikulua: *1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.*

¹²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C eta GOMEZ ADILLON, M, “Nuevas tecnologías y victimización”, *cit.*, 25-27.orr.

menores para producir material pornográfico art. 189.1 a) CP, castigado, además, con mayor pena.

Y en su segundo apartado nos encontramos también ante una conducta de difícil prueba y reconducible, caso de tener éxito, a otra figura penal. Por lo que puede concluirse que el vigente artículo 183 ter CP es un ejemplo claro de legislación penal puramente simbólica”¹²⁸.

Beraz, ikusi dugun moduan, Zigor Kodeko 183. Ter artikulua idazkera berriko egitateak burutuko balira, hau da, egileak adingabeak beste adin txikiko baten material pornografikoa edo argazkiak bidaltzea lortzen badu, Zigor Kodeko 189.1 artikulua aurrean egongo ginatke. Hori dela eta, guztiz sinbolikoa den zigor legediaren aurrean gaudela esan daiteke.

Bukatzeko atal honi dagokionez, argi geratu da 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Adierazpenek Zigor Kodearen erreformaren beharra frogatzeko erabilitako argumentuak oinarri falta dutela. Gainera, Villacampa Estiarte eta Gomez Adillonek eginiko ikerketaren emaitzez gain, Lanzaroteko Hitzarmenak eta 2011/933/UE Zuzentarauaren azterketak Zigor Kodeak 2015an jasandako erreforma gehiegizkoa dela azaleratu dute.

4.2. 2015eko erreformaren ondorioak

4.2.1. 1/2015 Lege Organikoak adin txikikoak arau hauslea izateko aukerak areagotzen ditu.

Espainiako legegileak Zigor Kodearen azken erreformaren bidez 183 eta 183. ter artikuluetan adin txikikoak arau hausleak izateko aukerak areagotzen ditu, nahiz eta, aurrerago azalduko dugun moduan, adin txikikoen gehiegizko zigortzea ekiditeko 183. quater artikulua sortu.

¹²⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P, “Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años,” *Cuadernos penales*, núm. 12/2016, 281. orr.

Zigor Kodeko 183. eta 183. ter artikuluetan subjektu aktiboari erreferentzia egiteko, legegileak “*el que*” esamolde zabala erabiltzen du. Horrek, aipatutako egitateak adin txikiko batek egiten dituen kasuetan zigor arloan erantzule bihurtzen du; hau da, Zigor Kodeko 183. edo 183. ter artikuluetan zehaztutako egitateen egilea 18 urtetik gorako pertsona bat izateaz gain, 18 urtetik beherako eta 14 urtetik gorako gazte bat izan daiteke. Adin txikiko pertsona bat honelako delitu baten egilea izateko aukera egoteak, nolabait ikustarazten du legegileak ez duela 2011/93/UE Zuzentaraua era zuzenean aplikatu¹²⁹. Izan ere, egun indarrean dagoen Zigor Kodeko 183. ter artikulua ez bezala, 2011/93/UE Zuzentarauko 6.1 eta 6.2 artikuluek egitateak heldu batek egin behar dituela adierazten dute¹³⁰.

183. Ter artikulua bidez hamasei urtetik beherakoen sexu-ukigabetasuna babestu nahi du, sexu-abusuak burutzeko edo material pornografikoa lortzeko helburuarekin 16 urtetik beherako pertsona batekin internet edo komunikaziorako bide elektronikoen bidez kontatua sortzeko erraztasunaren eta horien anonimotasunaren ondorioz; ekintza horiek beren nortasunen garapen askean eta bilakaeran eraginik sortu ez dezaten.

Aipatutakoaren harira, Villacampa Estiartek, Kataluniako 15 eta 18 urte bitarteko gazteei groomingaren eta sextingaren inguruan eginiko inkesten arabera, maiztasun handiagoz ematen dira adingabeen arteko grooming eta sexting bezala arautzen diren egitateak, heldu batek adingabe bati gauzatutakoak baino, nahiz eta normalean adingabeen artekoak ez diren zigor arloaren bidez zigortzen. Zehazki, aipamen hau egiten du groomingaren kasuan: “cabe concluir que solo 1 de cada 20 menores (el 5,1%) afirmo haber sido víctima de grooming procedente de adultos en ese periodo,

¹²⁹ FERNANDEZ REBORDINOS, I, *LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS*, cit., 42. orr.

¹³⁰ 2011/93/UE zuzentarauko 6. artikulua: 1. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.* 2. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.*

mientras que dicha ratio asciende a 1 de cada 8 si la conducta la realiza un igual (12,3%)”¹³¹. Gainera, ikerketa honek argi utzi zuen groomerren ehuneko esanguratsu bat (%48) 18 urtetik beherako adin txikikoak izaten zirela.

Era berean, Sextingaren kasuan ere Zigor Kodeko 183. Ter 2 artikulua zigortzen dituen egitateak gehienetan adingabeek burutzen dituztela ikusten da. Espresuki, Villacampak eginiko ikerketak zifra hauek ondorioztatzen ditu: “en relación con la edad, de manera claramente mayoritaria se consideró que en las conductas de sexting el responsable era con carácter general menor de edad (93%). Por conductas, sin embargo, el porcentaje tan hegemónico de responsabilidad de menores se observó en las conductas de recepción y las de reenvío o difusión (93% y 96% respectivamente). En las de producción del material, especialmente en las de autoproducción y sobre todo en las de heteroproducción, el porcentaje de menores responsables decreció, sin dejar de ser claramente mayoritario (89 y 83% respectivamente)”¹³².

Adin txikikoen artean ematen diren sexting eta grooming delituen aurrean kontuan izan behar dugu 1/2015 Lege Organikoaren bidez indarrean sartutako 183. Quater artikulua. Artikulu honek erantzukizun penalaz salbuetsiko du Zigor kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis Kapituluko artikuluetan arautzen diren egitateak gauzatzen dituen, baldin eta subjektu pasiboaren onarpen askez, bi subjektuak adinez antzekoak direnean eta heldutasun edo garapen graduan antzekoak direnean. Hala ere, praktikan badaude kasu batzuk non epaileak Zigor Kodeko 183. Quater artikulua emateko baldintzak bete ez direla hausnartzen duen, eta ondorioz, adingabea sexting edo grooming delitu batengatik epaitua izan den.

Zigor Kodeko 183. Ter artikulua adingabe bat erantzukizun penalaren erantzule bihurtu dezakeenaren adibidea dugu Orenseko Entzutegi Probintzialeko 273/2015 epaia¹³³. Zigor Kodeko 183. Quater artikulua aplikatzeko baldintzak ematen ez direla frogatu ondoren, 17 urteko nerabe bat Zigor Kodeko 183. Ter 1 artikulua zigortzen du. Izan ere, frogatua geratzen da egilea 12 urtetik beherako gazte batekin

¹³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Predadores sexuales online y menores”, *cit.*, 10. orr.

¹³² *Ibid.*, 22. orr.

¹³³ 373/2015 sententzia. Orenseko Entzutegi Probintziala (Zigor arloko bigarren sala). 20015eko urriaren 4a.

Tuenti bidez kontaktuan jartzen dela, eta hainbat elkarrizketa eduki ondoren, telefono mugikorren zenbakiak partekatzen direla elkarren artean whatsapp zerbitzuaren bidez hitz egiteko asmoz. Behin mugikorraren bidez kontaktua hasi ondoren, 17 urteko nerabeak subjektu pasiboari harreman sexualak burutzeko fisikoki elkar ikusteko proposamena egiten dio. Egitate hauen aurrean egileak Zigor Kodeko 183. quater artikuluko baldintzak betetzen ez ziren kontsideratu zuen, hau da, subjektu pasiboaren eta subjektu aktiboaren arteko adina eta heldutasun maila antzekoak ez direla epaitu zuen. Modu honetan, adin txikiko pertsona Zigor Kodeko 183. ter artikuluan tipifikatzen den egitateengatik zigortua izan zen.

Epai honek argi adierazten du nahiz eta 1/2015 Lege Organikoan adin txikikoen arteko sexu-abusu eta sexu-erasoen gehiegizko zigortzea ez emateko ZK-ko 183. Quater artikulua indarrean sartu, artikulua horretako baldintzak betetzeko zehaztasun faltak adingabea arau hausle izateko aukerak areagotzen dituela.

Beraz, Espainiako legegileak adingabea babestu nahi du Zigor Kodeko 183. Ter artikulua bidez, bide teknologikoen bidez sexu-abusuak edo sexu-erasoak burutzeko eta materia pornografikoa lortzeko erraztasunaren aurrean. Baina, ikusi dugun moduan, kasu batzuetan adingabea babestu nahian, adingabeak arau hausleak bihurtzen ditu.

4.2.2. Zigor Kodearen aplikazioan zehaztasun falta

4.2.2.1. Zigor Kodeko 183. Bis artikulua

1/2015 Lege Organikoak Zigor Kodeko 183.bis artikulua idazkera berria ekarri zuen. Izan ere, aipatutako erreforma baino lehen Zigor Kodeko 183.bis artikulua bide teknologikoen bidez 13 urtetik beherakoengan burututako sexu-abusuak eta sexu-erasoak arautzen zituen, eta 1/2015eko Lege Organikoaren ondoren, delitu mota hori, azaldu dugun bezala, Zigor Kodeko 183. Ter artikuluan arautzen da. Indarrean dagoen Zigor Kodeko 183.bis artikulua 16 urte baino gutxiagoko pertsona bat izaera sexualeko jokaera izatera bultzatzea, izaera sexualeko ekintzak ikustera

behartzea edo sexu-abusuak ikustera behartzea zigortzen du nahiz eta egintzaren egileak zuzenean ez parte hartu¹³⁴.

2015eko erreforma baino lehen, Zigor Kodeko 189.4 artikulua adingabekoen galbideratzea zigortzen zuen, eta erreformaren ondoren, elementu hori Zigor Kodeko 183.bis artikulura pasatzen da¹³⁵. Modu honetan, adingabekoen galbideratzea delitu independente izatera igarotzen da. Izaera erresidualako delitu bat izateaz gain, aplikatzeko zaila da. Izan ere, artikulua berri honek hamasei urtetik beherako pertsona bat jokaera sexual batean parte hartzera behartzea edo izaera sexuarekiko ekintzak ikustaraztea zigortzen du. Baina, tipo penalak ez du zehazten zein bide erabili beharko liritekeen hamasei urte baino gutxiagoko pertsona izaera sexuarekiko jarrerak izatera edo ikustera behartzea zigortzeko¹³⁶. Beraz horrek nahiko diskrezionaltasun zabala uzten dio epaileari. Izan ere, jarrera hori indarkeria edo larderia bidez lortzen denean, Zigor Kodeko 183.2 artikuluaurrean egongo ginateke. Hori dela eta, oso presente izan behar dira 1/2015 Lege Organikoa Zigor Kodeko 183.bis artikulua aplikatzeko bete behar diren baldintzak¹³⁷.

Erreformaren aurreko Zigor Kodeko 189.4 artikulua zehaztasun faltaren ondorioz eta legezkotasun printzipioa ez betetzeko mugan egotearen ondorioz, honela epaitu zuen 4/2005 epaiak: “el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste”¹³⁸. Aipatutako elementuak gaur egungo ZK 183. Bis artikuluan aplikagarria izaten jarraitzen duela ikusi dezakegu. Modu honetan, aztertzen ari garen tipo penalak eskaintzen zuen egitateen abaniko zabala mugatu egiten da. Gainera, tipo penalak izaera sexuarekiko ekintzetan parte hartzera behartzea edo izaera sexuarekiko ekintzak, nahiz sexu-abusuak ikustaraztea eskatzen du, eta Tamarit

¹³⁴ 1/2015, Lege Organikoa, Martxoaren 30ekoa, 10/1995 Lege Organikoa, Zigor Kodearena, aldatzen duena. Estatuko Aldizkari Ofiziala, 2015eko martxoaren 31, 281. Zenb. 183. bis

¹³⁵ Zigor Kodeko 189.4 artikulua: 4. *El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.*

¹³⁶ CORCOY M, BOLEA, C et al, *Manual de derecho penal parte especial*, cit., 267. orr.

¹³⁷ *Ibid.*, 268. orr.

¹³⁸ 4/2005 sententzia. Auzitegi Gorena. 2005eko apirilaren 4 a.

Sumallaren arabera, “todo ello debe hacerse “con fines sexuales” lo que para la doctrina suscita la necesidad de que concurra ese específico elemento subjetivo de lo injusto”¹³⁹.

Edonola ere, Zigor Kodeko 183. Bis artikulua zehaztasun falta duela eta epaileari zigortzeko diskrezionaltasun zabalegia uzten diola esan dezakegu hiru elementuren ondorioz:

Lehenik, Zigor Kodeko 183. Bis artikuluko lehengo paragrafoko lehenengo atalak honela dio: *determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual*. Lehenago aipatu dugun moduan, ez du zehazten egitateak burutzeko modurik. Hala ere, zalantzarik gabe badakigu egitate horiek ezin direla indarkeriaz edo larderiez burutu. Izan ere, indarkeria edo larderiez egingo balira eraso sexualaren arloan zigortzen diren egitateen aurrean egongo ginateke; zehazki, Zigor Kodeko 183. 2 artikulua aurrean¹⁴⁰.

Hori dela eta, Espainiako legegileak lehengo atal honetan “determinar” hitzarekin zer esan nahi duen zehaztu behar du¹⁴¹. Cadena Serranok irakurpen hau egiten du “determinar” hitzaren inguruan “*puede traducirse como instigar, inducir, persuadir o incitar al menor de dieciséis años para que se comprometa en un comportamiento sexual no deseado hasta ese momento, pues deberá ser la influencia de la instigación la que mueva y venza la voluntad del menor para involucrarse en ese comportamiento sexual*”¹⁴². Baina irakurketa horrek ere epaileari diskrezionaltasun zabala uzten dio egitate bakoitzaren arabera “determinar” elementua burutu den edo ez erabakitzeko.

¹³⁹ TAMARRIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, *Comentarios a la reforma del CP de 2015*. Pamplona, 2015, 429. orr.

¹⁴⁰ Zigor Kodeko 183.2 artikulua: 2. *Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.*

¹⁴¹ CADENA SERRANO, F, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años, cit.*, 60. orr.

¹⁴² *Ibid.*, 61. orr.

Bigarrenik, Zigor Kodeko 183. Bis artikuluko lehengo paragrafoko bigarren atalak honela dio: *“hacerle presenciar actos de carácter sexual”*. Atal honek ez du zehazten izaera sexualeko ekintza horiek ikustaraztea zein modutan egin behar den. Gainera, esaldi hau ulertzeko moduak zalantzak sortzen ditu; izan ere, erakuts-zalekeria delituak zigortzen dituen Zigor Kodeko 185. artikulua antzekoa da: *“en la medida en que este delito surge cuando el autor ejecuta o hace ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces”*¹⁴³.

Zigor Kodeko 183. Bis artikuluko atal honen zehaztasun faltak ere zalantzen jartzen du izaera sexualeko ekintza horiek ikustarazte hori modu birtualean edo aurrez aurre egin behar diren. Doktrinaren gehiengoak izaera sexualeko ekintza horiek zuzenean ikusi behar direla ulertzen du¹⁴⁴. Cadena Serranok ematen dituen bi argudioek ikuspena aurrez aurrekoa izan behar dela frogatzen dute¹⁴⁵: batetik, ikuskapen hori birtualki egiteko aukera egongo balitz, Zigor Kodeko 186. artikulua aurrean egongo ginateke, non adingabeen artean material pornografikoa zabaltzea edo erakustea zigortzen den. Izan ere, artikulua horretan adin txikikoei izaera sexualeko materiala erakusten die¹⁴⁶.

Bestetik, *“que la conducta alternativa, sancionada con idéntica penalidad, exija “participar –presencialmente se entiende- en un comportamiento sexual”*. Gainera, Tamarritek dioen bezala, egitate hauek ez lirateke emango ama edo aita 16 urtetik beherako pertsona batekin telebista ikusten dagoenean, baina telebistan sexu harremanen eszenak agertzen direnean eta gurasoek horiek ikusten uzten diotenean¹⁴⁷. Hori dela eta, izaera sexualeko ekintzak ikustaraztearen ekintza hori zuzeneko izan behar da, nahiz eta atal honek horrelakorik ez zehaztu.

¹⁴³ Zigor Kodeko 185. Artikulua: *El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

¹⁴⁴ CADENA SERRANO, F, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años*, cit., 62. orr.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ Zigor Kodeko 186. Artikulua: *El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.*

¹⁴⁷ TAMARRIT SUMALLA, *“Delitos contra la indemnidad sexual de menores”*, cit., 429. orr.

Hirugarrenik, Zigor Kodeko 183. Bis artikuluko bigarren paragrafoak honela dio: “*Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales*”. Atal honetan, doktrinaren gehiengoak sexu-abusu horiek aurrez aurrekoak eta errealak izan behar direla ulertzen duduen aurren, Auzitegi Gorenaren 4/2016 epaiak kontrako azaltzen du¹⁴⁸: “más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. En efecto, el intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual, la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad, la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet, son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que ha considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores”¹⁴⁹.

Errealitate honek, argi azaltzen du legegilearen zehaztasun faltaren aurrean, bai doktrinak, baita epaileek ere artikulua egitateen arabera interpretatu dezaketela. Izan ere, Zigor Kodeko 183. Bis artikulua azaltzen duen zehaztasun gabeziaren aurrean epaileak diskrezionaltasun oso zabala izango du artikulua egitateak gauzatzen diren edo ez baloratu behar duenean.

4.2.2.2. Zigor Kodeko 183. quater artikulua

Gonzalez Aguedok aipatzen duen bezala, 2015eko erreforma aurreko Zigor Kodeko 183. artikulua ezartzen zuen hamahiru urtetik beherako pertsona baten onarpen

¹⁴⁸ TAMARRIT SUMALLA, “*Delitos contra la indemnidad sexual de menores*”, *cit.*, 429. orr.

¹⁴⁹ 4/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko apirilaren 4^a.

sexuala indargabea zela¹⁵⁰. Aitzitik, gai sexualetan hamahiru urtetik beherako onarpen faltaren presuntzioa “iuris et de iure” zen eztabaidatzen zen. Horren inguruan honela zioen Auzitegi Goreneko 2578/2006 epaiak: “...por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles”¹⁵¹. Horretaz gain, sententzia berdinean zalantzan jartzen da sektore batek adingabeen onarpen sexualaren falta “iuris et de iure” presuntziotzat hartzen duelako: “*Ahora bien esta posibilidad de admitir prueba de contrario con virtualidad legitimadora de la conducta, obviamente limitada a menores cuya edad está muy próxima al tope legal de 13 años*”¹⁵².

Edonola ere, onarpen sexuala emateko adina hamasei urtera igotzean, defendaezina da kasu guztietan kontzientzia faltaren eta borondate askearen falta dagoela mantentzea. Horregatik, 1/2015 Lege Organikoan Zigor Kodeko 183. quater artikulua sortu zen, non kontzientzia eta borondate askea egon daitekeela ikusirik, arauak ezarritako baldintza guztiak betetzen direnean adinaren gutxieneko mugarik gabe,, onarpen sexuala balioduna izan dela frogatzeko aukera dagoen¹⁵³. Hala ere, jarraian aztertuko dugun moduan, Zigor Kodeko 183. quater artikulua praktikan aplikatzea bereziki zaila da.

Espainiako Legegileak 1/2015eko Lege Organikoaren bidez Zigor Kodean eginiko erreforman 183. quater artikulua gehitu zuen, adin txikikoen arteko harreman sexualen gehiegizko zigortzea ekiditeko.¹⁵⁴ Hala ere, Lan honetan bertan aipatu bezala, Zigor Kodeko 183. Quater artikulua aipatzen du hamasei urtetik beherako pertsona batek izaera sexualeko ekintzak burutzen baditu egintza horiek era librean onartuz, eta subjektu aktiboak adin txikikoarekiko adinez eta heldutasun mailaz edo garapen mailaz antzekoa denean egitateak ez direla zigorgarriak izango¹⁵⁵. Artikulu

¹⁵⁰GONZALEZ AGUDEDU, G, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y la salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, 2016, 8.orr.

¹⁵¹2578/2006 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006eko maiatzaren 23 a.

¹⁵²*Idem*.

¹⁵³GONZALEZ AGUDELO, G, “Consecuencias jurídicas y político-criminales”, *cit.*, 8.orr.

¹⁵⁴FERNANDEZ REBORDINOS, I, *LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS*, *cit.*, 39. orr.

¹⁵⁵1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, *Zigor Kodeko 183 quater*, *cit.*, 3. orr.

honi esker, adin txikiak arau hausle izateko aukerak murrizten dituen arren, ez ditu egoera horiek desagerrarazten.

Beraz, artikuluko hiru baldintza bete behar dira:

- **Onarpen librea:** onarpena modu librean emateko, portaeran ezingo litzateke bortizkeriarik, larderiarik ezta engainurik egon, eta horietako baten zantzuak baleude, adingabearen onarpena automatikoki bertan behera geratuko litzateke¹⁵⁶. Hala ere, onarpen hori baliozkoa izateko 2011/93/UE Zuzentarauko bigarren artikuluko b) atala izan behar dugu kontuan: *edad de consentimiento sexual*»: *la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*¹⁵⁷. Legegileak, onarpen askea egon dela onartzeko elementuak baldintzatzen ez dituen arren, epaile bakoitzak egoeraren arabera aztertu beharko ditu gauzatutako egitateak eta egoera. Horren adibidea dugu Auzitegi Gorenaren 67/2016 epaia, non egileak berrogeitasei urte zituen eta adingabeak hamaika: “la diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años”¹⁵⁸.
- **Adinez antzekoak izatea:** Legegileak ez du zehazten adin-antzekotasuna neurtzeko elementurik; honela, epailearen esku uzten du kasu bakoitzean egilea eta subjektu pasiboa adinez antzekoak diren erabakitzeke zeregina¹⁵⁹. Elementu hau oso zabala denez, honen aurrean, herrialde desberdinetan irtenbide desberdinak eman zaizkio: besteak beste, Ipar Ameriketako Maine estatuan, hamabost urtetik beherako kasuetan subjektu pasiboaren eta egilearen

¹⁵⁶URIARTE QUESADA, D, *EL GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL*, *cit.*, 410.orr.

¹⁵⁷2011/93/UE Zuzentaraua, Europako Kontseilu eta Parlamentuarena, 2011ko abenduaren 13koa. Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala, L 335, 2011ko abenduaren 17a, 7. orr.

¹⁵⁸ 67/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urtarrilaren 21 a.

¹⁵⁹ 1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, *cit.*, 8. orr.

arteko adin desberdintasuna bost urtetakoa izateraino iritsi daiteke; Suitzan, aldiz, legearen aurrean subjektuak adinez antzekoak direla esateko adin tartea gehienez hiru urtetako izango da; Kanadan, subjektu pasiboaren adinaren arabera, adin antzekotasuna aldatu egiten da, hau da, hamabi eta hamahiru urte bitarteko adingabeetan bi subjektuen artean gehienez bi urteko desberdintasuna egongo da harreman sexualak zigortuak ez izateko, eta hamalau eta hamabost urte bitarteko adin txikikoetan, bost urteko desberdintasuna izateraino iritsi daiteke¹⁶⁰.

Espainiaren kasuan, lehenago aipatu bezala, legegileak ez du elementurik zehazten adinez antzekoak izatea zer den jakiteko. Hori dela eta, epaileak kasu bakoitzean interpretatu beharko du Zigor Kodeko 183. Quater artikulua aplikatzeko baldintza hau betetzen den edo ez. Horren adibide dugu Auzitegi Goreneko 782/2016ko epaia. Epai honetan Auzitegi Gorenak “considera abultada diferencia de edad entre él -29 años- y Laura -14 años”¹⁶¹. Epai honetan bi subjektuen arteko adina hamabost urtekoa zen, baina Auzitegi Goreneko 946/2016 epaian, subjektu pasiboak hamaika urte zituen eta egileak hemeretzi, hau da, subjektuen arteko adina zortzi urtetakoa zen. Egoera honetan ere Auzitegi Goreneko epaileak zera kontsideratzen du “la relativamente próxima edad entre los mismos” se encontraba “fuera de los límites señalados, para la exclusión de responsabilidad, por la novedosa figura introducida, por la LO 1/2015, en el art. 183 quater del CP”¹⁶²

- **Heldutasun edo garapen mailan atzekoak izatea:** Estatuko Fiskaltza Nagusiak Zigor Kodeko 183. Quater artikulua inguruan argitaratutako Zirkularrean dio, heldutasun mailaren elementuarekin, egoera ulertzeko eta egoera horretatik sortu daitezkeen ondorioak baloratzeko gaitasunari egiten diola erreferentzia legegileak. Baina aipatzen du egoera ulertzeko gaitasuna ez

¹⁶⁰ 1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, *Zigor Kodeko 183 quater, cit.*, 6. orr.

¹⁶¹ 782/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urriaren 16 a.

¹⁶² 946/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko abenduaren 15 a.

doala adin kronologikoarekin loturik¹⁶³. Izan ere, zirkularrak dio “*la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño. Por ese motivo, tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso*”¹⁶⁴. Hala ere, legegileak ez du zehazten garapen maila neurtzeko elementurik; honela, epailearen esku uzten du kasu bakoitzean egilea eta subjektu pasiboa garapenean edo heldutasun mailan antzekoak diren erabakitzeko zeregina¹⁶⁵.

Beraz, Zigor Kodeko 183. Quater artikulua aplikatzeko, subjektu pasiboaren onarpen librea egoteaz gain, bi subjektuak heldutasun edo garapen mailan eta adinez antzekoak izan behar dira. Hiru elementu horiek ezinbestean bete beharko dira, baina, ikusi dugun moduan, hiru baldintza horiek ez dira 1/2015 Lege Organikoan zehazten. Espainiako legegileak epailearen esku uzten du Zigor Kodeko 183. Quater artikulua eman den edo ez zehazteko eskumena.

Auzitegi Goreneko 1001/2016 epaiak dioen bezala “no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre, sin embargo sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso”¹⁶⁶.

Legearen zehaztasun gabeziak segurtasun juridiko falta sortzen du herritarrengan, eta ondorioz, Zigor Zuzenbidearen oinarritzkoa den legezketasun printzipioaren urrapena sortzen du. Feuerbachen arabera, legezketasun printzipioak esan nahi du legerik ez

¹⁶³ 1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, *Zigor Kodeko 183 quater, cit.*, 12. orr.

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial. cit.*, 206.orr.

¹⁶⁶ 1001/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urtarrilaren 18 a.

dagoenean, ez dagoela ez deliturik ez zigorrik. Beraz, legezkotasun printzipioak aukera ematen dio subjektuari ekintza bat burutu aurretik, ekintza horren debekua eta ekintza horren ondorioak jakiteko edo ezagutu ahal izateko, eta behin hori jakinda, berak aukeratzeko zigorgarria den ekintza hori burutu edo ez¹⁶⁷. Aipatu bezala, legezkotasun printzipioak segurtasun juridikoa ematen du, ekintza bat burutu aurretik hori delitu den eta ekintza horregatik jasoko duen zigorra zein izango den jakiteko aukera ematen diolako.

Legezkotasun printzipioak herritarrei segurtasuna eskaini behar dienaren elementua Espainiako Konstituzioko 9.3 artikuluan arautzen da¹⁶⁸. Ildo beretik jarraituz, Lamarca Perezek honela dio: “Al igual que en los casos anteriores, la necesidad de seguridad jurídica de los ciudadanos podría fundamentar la exigencia de un texto jurídico escrito, que describa con precisión la conducta punible y la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de la analogía, y siendo todo ello predicable respecto tanto del delito como de la pena. Para satisfacer la seguridad jurídica, los ciudadanos han de conocer o poder conocer no sólo la conducta incriminada sino además todas las consecuencias que les acarrearía incurrir en dicha conducta prohibida”¹⁶⁹.

Aipatutakoa aztertzen ari garen artikuluan aplikatuz, esan dezakegu Zigor Kodearen 183. Quater artikulua segurtasun juridiko falta sortzen duela Espainiako herritarrengan. Legegileak ez duenez zehazten zer den subjektu aktiboarekiko adinez edo heldutasun mailaz antzekoa izatea, gerta liteke hamasei urte eta hamalau urteko gazteen artean gertatuko harreman sexualen aurrean egitateak zigortzen dituen epaileak erabakitzea delitua burutu duela, edo Zigor Kodeko 183. Quater artikulua betetzeko hiru baldintzak eman direla epaitzea. Izan ere, nahiz eta hamasei urtetik gorako pertsonak subjektu pasiboarekiko adinez eta garapen edo heldutasun mailaz

¹⁶⁷ LAMARCA PEREZ, C, *Principio de legalidad en el derecho penal internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, 26. Orr.

¹⁶⁸ Espainiako Konstituzioko 9.3 artikulua: *la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

¹⁶⁹ LAMARCA PEREZ, C, *Principio de legalidad en el derecho penal internacional*, cit., 35. orr.

antzeko direla pentsatu, gerta liteke epaileak egitateak aztertu ondoren aurkakoa erabakitzea eta erantzukizun penala jaso behar izatea. Horrek, segurtasun juridiko falta sortzen du; izan ere, Zigor Kodeko 183. Quater artikulua emateko baldintzen zehaztasun faltaren ondorioz, subjektuak ezin du jakin egitateak burutu baino lehenago ekintza hori delitu den edo ez, eta ezin izango du horren arabera jokatu.

4.2.3. Tipo errorea

2015eko erreformaren ondoren, Zigor Kodeko 183. artikulua eta hurrengoek hamasei urtetik beherakoekin sexu-harremanak izatea zigortzen dute. Artikulu horietan tipifikatutakoa betetzeko egitate horiek dolo bidez burutu behar dira. Orts Berenguer eta Gonzalez Cussacek diote: “el dolo supone conocimiento y voluntad (intención) de realizar el hecho injusto”¹⁷⁰. Beraz, subjektu aktiboak subjektu pasiboak hamasei urtetik behera dituela eta adin horretatik beherako pertsona batekin izandako harreman sexualak legez kontrakoak direla ezagutza izateaz gain, ekintza horiek aurrera emateko borondatea izan behar du. Baina Silva Sanchezek aipatzen duen bezala, gerta liteke egileak subjektu pasiboaren adina zein den ez jakitea, hau da, egileak ez jakitea subjektu pasiboak hamasei urtetik behera dituela¹⁷¹.

Zigor Kodearen erreforma baino lehen, non onarpen sexuala emateko gutxieneko adina hamahiru urtean zehaztua zegoen, hemezortzi urtetik gorako pertsona batek hamahiru urtetik beherako batekin sexu harremanak mantentzen zituenean adin txikikoaren adina zein zen jakin gabe, ustezko batzuetan tipo errore gaindigarria onartzen zen. 1/2015 Lege Organikoaren erreformaren ondoren, onarpen sexuala emateko gutxieneko adina hamasei urtera igotzean eta adin hori edukita harreman sexualak izateko onarpen librea emateak adindunaren erantzukizun penala salbuesteak, tipo errorea emateko aukerak hein handi batean murrizten ditu. Izan ere, nahiz eta egileak subjektu pasiboaren adina ez ezagutu eta pentsatu hamasei urtetik gorakoa dela, egitateak ez du ondorio penalik izango harreman sexualak onarpen librez eman

¹⁷⁰ORTS BERENGUER, E and GONZALEZ CUSSAC, J, *Compendio de derecho penal part general*, cit., 292. orr.

¹⁷¹SILVA, J, RAGUES, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial*, cit., 141.orr.

badira eta Zigor Kodeko 183. Quater artikulua emateko gainerako baldintzak ematen badira, hau da, adinez eta heldutasun edo garapen mailaz antzekoak badira¹⁷². Hala ere, tipo errore kasuak eman direla azpimarratu behar da.

Horren adibide dugu Errioxako Entzutegi Probintzialeko 169/2018 epaia¹⁷³: Hogei urteko egileak eta hamalau urteko subjektu pasiboak 2016 urtean zehar hainbatetan onartutako harreman sexualak burutu zituzten. Kasu honetan, subjektu aktiboak subjektu pasiboak hamazazpi urte zituela uste zuen. Egoera honen aurrean, epaileak ez du uste tipo errorea eman zenik, egileak subjektu pasiboaren laguna eta ahizpa ezagutzen zituelako, eta ondorioz, bere adina hamazazpi urtetik beherakoa zela ondorioztatu zezakeelako. Berez, egoera horren aurrean, inoizkako noizbehinkako doloaren aurrean egongo ginateke.

Edonola ere epaileak azpimarratzen du, nahiz eta adinez ez guztiz antzekoak izan (egileak hogei urte zituen eta subjektu pasiboak hamalau), ez dela subjektuen arteko garapenean eta heldutasunean desberdintasunik nabaritzen eta harremanak onarpen librez izan zirela. Zehazki honela dio sententziak: “no aprecia existiera entre ambos una diferencia de desarrollo que ponga de manifiesto que A1 se aprovechase por superioridad de V1 para obtener su consentimiento a los contactos sexuales. Son dos jóvenes del mismo origen étnico, con amigos comunes (grupo de whatsapp y salidas), con similares concepto cultural, formación y formas de entretenimiento, y sin que el procesado aparente un grado de madurez muy superior a su propia edad, ni al de la persona con la que ha mantenido relaciones sexuales, que se producen en el contexto de una relación de prenoviazgo o pseudonoviazgo entre ambos, tampoco dilatada en el tiempo, pues su duración aproximada fue de un mes”.

Aitzitik, Zigor Kodeko 183 quater artikuluko, baldintza horiek betetzen ez diren kasuetan, Zigor Kodeko 14. artikuluan arautzen den tipo errorea aplikatzeko aukera egon daiteke¹⁷⁴; izan ere, gerta likete egileak biktimaren adinaren inguruan zalantza

¹⁷² 1/2017 Zirkularra, Estatuko Fiskal Orokorra, *Zigor Kodeko 183 quater, cit.*, 10. orr.

¹⁷³ 169/2018 sententzia. Errioxako Entzutegi Probintziala. 2018ko abenduaren 12 a.

¹⁷⁴ Zigor Kodeko 14. artikulua: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera

izatea, eta ondorioz, lehen mailako dolo zuzena egon ez arren, inoizkako doloa ematea. Muñoz Conderen arabera, tipo errorea emango da “cuando el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo injusto, pero el desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo directo en primer grado”¹⁷⁵. Kasu hauetan normalean aplikatzen den tipo errore mota gaindiezina da: “aquel error que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia, excluye la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia”¹⁷⁶. Tipo errore mota honek delituaren egilea erantzukizun penaletik salbuesten du.

Beraz, nahiz eta 1/2015 Lege Organikoaren Zigor Kodeko 183 quater artikulua aurreikusteagatik egileak subjektu pasiboaren adina ezagutzen ez duen kasuetan eman daitekeen tipo errorea aplikatzeko aukera gutxitu, egoera batzuetan arau-hausleak ez du erantzukizun penalik jasotzen. Horren adibidea dugu Auzitegi Goreneko 58/2017 epaia, non hogeita hamabi urteko emakume batek hamabi urteko haur batekin harreman sexualak izan zituen, baina honek adin txikikoaren adina ezagutzen ez zuenez, ez zuen erantzukizun penalik jaso. Izan ere, Auzitegi Gorenak azpimarratu zuen akatsa sortu zuten ezaugarrien sinesgarritasuna aztertu zuela apelazio salak egitateen biktima pertsonalki aztertu zuenean eta ondorioztatu zuenean adingabeak “presentaba una apariencia física adolescente, con una especial corpulencia y un tono de voz que dificultaría, de no conocer sus datos personales, la precisión de su edad, no descartando situar la misma en una horquilla entre los 15 y 16 años”¹⁷⁷.

Tipo errorearen beste adibide bat dugu Auzitegi Goreneko 782/2016ko epaia. Epaia honen aurretik, Valladolideko epaitegi penalak honela zigortu zuen hamalau urteko adin txikiko batekin hainbatetan harreman sexualak izan zituen hogeita bederatzita urteko gizona “FALLO: Condenamos a Pascual, como autor de un delito continuado

vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte general*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2015, 292. orr.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ 58/2017 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2017eko otsailaren 7 a.

de abuso sexual, de los arts. 183.1 y 3 y 74 del C. Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cinco años y un día de prisión, accesorias de inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas del proceso sin incluir las de la Acusación Particular, y que indemnice al SACYL en 101,41€ y a Laura en 2.000€”.

Baina epaitua izan zen pertsonak Auzitegi Gorenaren aurrean helegitea tarteratu ondoren, honek Zigor Kodeko 14. Artikuluan arautzen den tipo errorea eman zela arrazoitzen du: “se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador. Se trata de un pantallazo del perfil de Facebook en el que Laura indicó como fecha de nacimiento el 31 de octubre de 1997. La relación entre el acusado Pascual y la víctima se inició a través de esa red social. De ahí que pensara en todo momento que Laura tenía en realidad 17 años. Fue en el momento de su detención por la Policía cuando los agentes le comunicaron que la razón de su privación de libertad estaba ligada a su relación con una chica de 14 años”¹⁷⁸.

Zigor Kodeko hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusuak eta sexu-erasoak izeneko Kapituluaren gertatzen diren tipo erroreak aztertu eta gero, ondorioztatu dezakegu 2015eko erreformaren bidez argitu nahi ziren zalantzak bere horretan jarraitzen dutela. Izan ere, nahiz eta 183. quater artikulua Zigor Kodean sartzearen bidez egileak subjektu pasiboaren adina ez ezagutzearen aurrean eman daitezkeen tipo erroreak aplikatzeko aukera gutxi, jurisprudentziak argi adierazi horiek ez direla isolatutako kasuak.

5. Ondorioak

Lehenik eta behin, argi dago adingabeen sexu-ukigabatasuna zigor zuzenbidearen aldetik babes berezia jaso behar duen ondasun juridikoa dela. Izan ere, jurisprudentziak adierazten duen moduan, 16 urtetik beherako adingabeak ez dira ekintza sexualak onartzeko gai, jarrera horien esanahia bere osotasunean ulertzeko nortasunean garapen nahikorik ez

¹⁷⁸ 782/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urriaren 19 a.

dutelako, eta horrek bereziki zaugarriak bihurtzen ditu heldu batek burutzen dituen izaera sexualeko ekintzen aurrean. Horrez gain, 16 urtetik beherako adin txikikoek babes berezia behar dute, haurrengan burututako egitate horiek nortasunaren garapen askean eta bilakaeran eragina izan dezaketelako, etorkizuneko onura psikikoan eta bizitzan aldaketa garrantzitsuak sortuz. Garrantzi handiko delituak izatea, baita adin txikikoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen kasuan oso mediatikoak izatea dira legegileak Zigor Kodean makina bat erreforma egitearen arrazoi nagusiak. Modu honetan legegileak izaera sexualeko egintzen aurrean adin txikikoen etorkizuneko askatasuna babestu nahi du, hau da, haurren nortasunaren garapen askea babestu nahi du, etorkizunean sexu portaera desberdinen inguruan askatasunez erabakiak hartu ahal izateko.

Legegileak eginiko azkeneko erreforma 1/2015 Lege Organikoaren bidez izan zen, eta aldaketa horiek 2011ko abenduaren 13ko 2011/93/UE Zuzentaraua dute oinarritzat.

Bigarrenik, eta erreformaren xehetasunetan sartu baino lehen, nire ustez, Ropero Carrascok adierazten duen moduan, beste arrazoi batzuen artean, legegileak bi arrazoi nagusi hartu behar ditu kontuan esku-hartze penala larriagotzeko: batetik, delitu tipo berriak indarrean sartzeko edo zigorrak larriagotzeko alde batetik, erreforma arrazoitua dela esango da, ondasun juridikoaren esanahia eta balioa kontuan hartuz, indarrean dagoen araudiak eta aurrez ezarritako zigorrek jarrera erasotzaileen kaltegarritasunari behar bezala erantzuten ez diotela ikusten denean; eta bestetik, esku-hartze penalaren larriagotzea eta aldaketa onargarria izateko, indarrean dagoen araudiak bete beharko lukeen helburua betetzen ez duela ziurtatzen duten datuak egon behar dira¹⁷⁹.

Lan honetan zehar aztertu dugun Zigor Kodeko II. Liburuko VIII. Tituluko II bis kapituluaren arautzen diren egitateei dagokionez, alde batetik, hamasei urtetik beherako sexu-ukigabetasunaren ondasun juridikoak duen garrantzia kontuan hartuz, ez dago frogarik 1/2015 Lege Organikoaren erreforma aurretik zegoen legediak delitutzat hartzen zituen egitateei behar bezala erantzuten ez zienik. Izan ere, Zigor Kodearen azkeneko erreforma honetan onarpen sexuala emateko gutxieneko adinaren aldaketaz eta Zigor Kodeko 183 quater artikulua sarrerez gain, gainontzeko berritzeak lehenagotik zeuden

¹⁷⁹ROPERO CARRASCO.. J. Reformas penales y política criminal, *cit.*, 228. orr.

artikuluen prestamen ekintzak zigortzea izan dira. Gainera, ikusi dugun bezala, Zigor Kodeko 183. Ter artikuluan zigortzen diren egitateek ez dute nerabeen ukigabetasun sexuala urratzen, eta Zigor Kodeko 183. Bis eta 183. Quater artikuluetan zehaztasun falta nabarmena da. Bestetik, erreforma aurreko araudiak bete beharreko helburua betetzen ez zituela ziurtatzen duten daturik ez dago. Beraz, aipatutako fenomenoak argi azaltzen du ez dagoela arrazoirik 1/2015 Lege Organikoaren bidez Zigor Kodeko hamasei urtetik beherakoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen atalean burututako aldaketak, tipo penal berriak eta zigorren larriagotzeak justifikatzeko.

Horrekin loturik, Zigor Kodearen erreformaren edukiari dagokionez, Zuzentarauaren transposizioa egiteko moduaren inguruan kritika bat egitea beharrezkoa ikusten dut. Izan ere, Espainiako legegileak eginiko lana 2011/93/UE Zuzentarauko edukia nahi bezala interpretatzea izan da. Gainera, nahiz eta aipatutako Zuzentarauak ez mugatu hamasei urtetan onarpen sexuala emateko gutxieneko adina, espainiar legegileak adin muga hori ezarri du Zigor Kodeko azkeneko erreforman gure herrialdean praktika sexualak noiz hasten diren jakiteko inolako ikerketa soziologikorik egin gabe, ezta Frantzia edo Italia bezalako herrialdeetan onarpen sexuala emateko gutxieneko adin muga baxuagoa dela kontuan hartu ere. Legegileak praktika horiek egin ez dituela argi geratu da, besteak beste, lan honetan Villacampa Estiarte eta Gomez Adillonek eginiko ikerketaren ondorioak aztertu ondoren. Horrek, hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen inguruan eginiko aldaketak azken unean eginikoak direla pentsatzera eramaten du; nabarmenki hamasei urteko onarpen sexuala emateko gutxieneko adin-mugak oinarri zientifikorik ez izateaz gain, egungo errealitatetik, kulturatik eta nerabeen arteko praktika sexualetatik guztiz aldentzen delako.

Hirugarrenik, eta 2015eko erreformaren ondorio bezala, aipatu behar dugu hamasei urtetik beherakoek izaera sexualeko ekintzetan ematen duten onarpen sexuala baliogabea izatearen ondorioz, adin txikikoak arau-hausle bihurtzen direla. Izan ere, Zigor Kodeak ez du zehazten zein izan behar den subjektu aktiboaren adina eta ondorioz, hemezortzi urtetik beherako pertsona batek burututako delituak ere hamasei urte baino gutxiagokoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen Kapituluaren zigortuko lirarteke. Are gehiago, lan honetan aztertutako hainbat ikerketek adierazten dute maiztasun handiagoz ematen direla

hemezortzi urtetik beherakoen arteko grooming eta sexting bezala arautzen diren egitateak, heldu batek adingabe bati gauzatutakoak baino, nahiz eta gero praktikan adingabeen artekoak ez diren zigor arloaren bidez zigortzen. Hori dela eta, legegileak 1/2015 Lege Organikoaren bidez adingabeen aurkako izaera sexualeko egintzen inguruan eginiko erreformekin horien sexu-ukigabetasuna gehiago babestu nahi duen arren, adin txikikoak arau-hausleak bihurtzeko aukera ematen du.

Ondorio ezezkor hauek ekiditeko, besteak beste, adingabeen aurkako sexu-abusuen edo sexu-erasoen aurrezaintzaren arloan bete beharreko nazioarteko dokumentuek aipatzen dute prebentziorako erreminta eraginkorrena adingabeen heziketan dagoela. Izan ere, Villacampak eginiko ikerketek argi utzi dute lan honetan zehar ikusitako delituen portzentaje esanguratsu bat adingabeen artean gauzatzen dela. Heziketaren bidez adingabeek teknologia berrien erabilera seguru eta arduratsu bat egiten erakutsi beharko litzateke, baita teknologiaren erabilera bidegabeak eduki ditzakeen kalteak zein diren ere¹⁸⁰.

Horrekin batera, Doringen ustez, sexting eta grooming delituen kasuan, zigor arloan garrantzia mantentzen jarraitu behar duten jokaera zehatzak ekiditen saiatzeaz gain, adingabeekin normaltasunean oinarritutako diskurtsoak erabili beharko lirateke. Are zehatzago esanda, adingabeekin eginiko esku-hartzeen helburu nagusia ez litzakete izan behar adin txikikoek zigor kodean tipifikatutako egitateak egiteari uko egitea. Baizik eta adin txikikoak berriro heztea sexting edo grooming bezalako jokaerak hastekotan, horiek “modu seguruan” praktikatzeko; eta era berean, ekintza hauen arriskuez kontziente eginez eta auto-babeserako estrategia desberdinak eskainiz¹⁸¹.

Laugarrenik, Zigor Kodeko azkeneko erreformaren bidez Zigor Kodean adin txikikoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen arloan zeuden gabeziak konpontzen saiatu da legegilea, baina helburua ez duela bete esan dezakegu. Besteak beste, subjektu aktibo eta pasiboaren artean kontaktu fisikoa egotearen edo ez egotearen beharraren eztabaidak bere

¹⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C, “Predadores sexuales online y menores”, *cit.*,25. orr.

¹⁸¹ DÖRING, N, “Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?”, *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 2014, 1-15.orr.

horretan jarraitzen du erreformaren ondoren. Izan ere, legegileak espresuki sexu-abusuen arloan gorputz kontakturik behar ez duten jarrera batzuk zigortzen ditu.

Ildo beretik, araudiaren zehaztasun faltak eztabaida sortzeaz gain, segurtasun juridiko falta ere sortzen du. Hain zuzen ere, Zigor Kodeko 183 quater artikuluan legegileak ez du zehazten zeri egiten dion erreferentzia “*garapen edo heldutasun maila*”, “*adinez antzekoak*” esamoldearekin edo “*adingabearen onarpen librea*” terminoarekin. Gauza bere gertatzen da, Zigor Kodeko 183 bis artikuluan “*Norbaitek, sexu-helburuekin, hamasei urte baino gutxiagoko adingabe bat sexu-jokaeretan parte hartzera edo sexu izaerako egintzak ikustera behartzen badu*” esamoldearekin. Zalantzazko egoera horien aurrean, legegileak epailearen esku uzten du kasu bakoitzean egitateak delitutzat hartzeko bete beharreko baldintzak ematen diren edo ez baloratzea. Hori dela eta, jarrera horiek nolakoak izan behar diren zehazten ez denez, subjektuek ezin dute jakin egitateak burutu baino lehena ekintza hori delitua den edo ez, eta ezin izango du horren arabera jokatu. Praktikan ematen den fenomeno horrek zuzenbideak herritarrengan hornitu beharko lukeen segurtasun juridikoan babes falta larria sortzen du.

1/2015 Lege Organikoaren bidez, Zigor Kodeak adin txikikoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen arloan jasandako aldaketak aztertu ondoren, ondorioztatu dezakegu ez zegoela erreformaren beharrik. Hobe esanda, adingabeen sexu-ukigabetasuna babestearen arloan zenbait elementu argitzeko beharra bazegoen ere, legegileak eginiko tipo penal berrien sortzea eta tipo penalen zigorren larritzea gehiegizkoa dela esan dezakegu. Errealitate horren aurrean, Zigor Zuzenbide sinbolikoaren aplikazioaren aurrean gaudela uste dut.

Zigor Zuzenbide sinbolikoa gizartea lasaitzeko erabiltzen da, hau da, gizarteak sistema penalarrekiko duen konfiantza faltari aurre egiteko tresna da. Horregatik Zigor Zuzenbide sinbolikoaren esku-hartzea ez da zertan eraginkorra izan behar, nahikoa da itxura lortzearekin. Botere publikoek erreforma penaletara jotzen dute, eta politika-kriminalleko mekanismoak erabiltzen dituzte kriminalitatearen kontra joateko¹⁸².

¹⁸² HASSEMER, E, Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídico, Jurídica Conosur, Santiago, 1995, 34.orr.

Ildo berdinetik jarraituz, Zigor Zuzenbide sinbolikoan jarrera zigortzailea nabarmendu egingo dela esan dezakegu. Baina, Zigor Zuzenbidearen parte hartzea azken errekurtsioa izan beharko litzateke, *ultima ratio*; izan ere, jarrera zigortzaileak izugarrizko ondorioak eragingo dizkie gero herritarrei. Hori dela eta, arazo sozialen aurrean Zigor Zuzenbide sinbolikoa ez da biderik eraginkorrena. Baina dena den, politikariek Zigor Zuzenbide sinbolikoa erabiltzen dute gizartea baretzeko, eta era berean, beren alderdientzako botoak lortzeko. Beste era batera esanda, Zigor Zuzenbide sinbolikoa tresna politikoa dela esan dezakegu. Izan ere, nahiz eta gizartea baretzeko hezkuntza edo beste instrumentu merkeagoak egon, Zigor Zuzenbide sinbolikoa aplikatzea errazagoa izateaz gain, honen erantzunak epe laburragoan ikusten dira¹⁸³.

Aipatutako fenomenoan lan honetan zehar aztertutako erreformara hurbilduz, esan genezake adin txikikoen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen gaiak oihartzun handia duela Espainiako herritarrengan. Delitu mota horiek bereziki mediatikoak dira eta alarma soziala sortzen dute adin txikikoen aurkako sexu-ukigabetasunaren aurkako delituak behar bezala zigortzen ez direla pentsatzea eraginez. Zigor Zuzenbideak eraginkortasun urria duenaren pentsamenduaren aurrean, politikariek erreforma penaletara jotzen dute herritarren konfiantza falta asetzeko asmoz eta beren lan onaren adierazpen modura.

Adierazitakoa errealitatera hurbilduz, hau da, erreforma hau Zigor Zuzenbide sinbolikoaren adibide argia dela adierazteko, Mari Luzen kasu mediatikoa dugu. Kasu honetan Santiago del Valle-k Mari Luz Cortes izeneko bost urteko haur bati bere etxeko leihotik panpin bat bota zion eta seinaleak egin zizkion Santiagok panpina bere etxera igotzeko esanez Mari Luzi ukituak egiteko asmoarekin. Haurra Santiagoren portalean sartu zenean, honek zirriak egin zizkion eta umeak aurka egin zionez elkarren arteko borroka sortu zen Mari Luz konorterik gabe utziz¹⁸⁴.

¹⁸³ DIEZ RIPOLLES, JL, *EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA*, Universidad de Málaga, Málaga, 2003, 22. orr.

¹⁸⁴ 1190/2011 epaia. Auzitegi Gorena (Zigor arloko bigarren sala). 2011ko azaroaren 2 a.

Delitu honen aurrean, epaileak ezarritako zigorra (22 urteko espetxe zigorra) akusazio partikularrak eskatzen zuen zigorra (32 urteko espetxe zigorra) baino askoz ere arinagoa zen. Egoera horren aurrean, Mari Luzen kasuak sortutako mugimendu sozialaren ondorioz, haurraren gurasoek 500.000 sinadura baino gehiago bildu zituzten Zigor Kodeko pederasten aurkako tipo penalak larritzeko eta bizi-arteko espetxe zigor berrikusgarria indarrean sartzeko deialdia egin zuten.

Nahiz eta adingabeen aurkako sexu-abusu eta sexu-erasoen kasuan eskatzen zuten erreforma ez lortu, bizi-arteko espetxe zigor berrikusgarria onartu zuten Diputatuen Kongresuan 2015eko martxoaren 26an. Nahiz eta adin txikikoen aurkako sexu-eraso eta sexu-abusuen tipo penala gogortzeko beharrik ez egon, delitu horietan aurreikusitako zigorra larritu egin zuten, besteak beste, Mari Luzen kasuak justizierekiko sortutako konfiantza falta baretzeko.

6. Proposamenak

1/2015 Lege Organikoaren bidez Zigor Kodeko II. Liburuko VIII. Tituluak jasan zituen aldaketak aztertu ondoren, tipo penal berrien sarrera eta tipo penalen larriagotzea ez zela beharrezkoa uste dut. Argi dago gizartea aldatzen den heinean gure Zigor Kodea errealitate berrira egokitu behar dela. Baina erreformarik egin baino lehenago, gizartearen benetako beharrak eta errealitatea zein den aztertzeko ikerketa soziologikoak egitea ezinbestekoa iruditzen zait legediaren erreforma eraginkorra izan dadin, eta ez Zigor Zuzenbide sinbolikoaren aplikazio hutsa. Honen adibidea da onarpen sexuala kontuan hartzeko gutxiengo adina hamasei urtetan ezartzea. Niri gehiegizkoa dela iruditzen zait, bereziki Espainiako kultura eta ohiturak kontuan izanda, baita aintzakotzat hartuz grooming eta sexting delituak maiztasun handiagoz ematen direla adin txikikoen artean, heldu batek adin txikiko bati baino. Gainera, Zigor Kodearen aplikazioak dituen ondorio kaltegarrien aurrean, delituak ekiditeko beste bide eraginkorragoak eta ez hain kaltegarriak erabili beharko lirakekeela iruditzen zait.

Hori dela eta, Villacampa Estiarten eta Gomez Adillonek diotenarekin bat eginez, hezkuntzaren bidez adingabeei teknologia berrien erabilera seguru eta arduratsu bat egitea

erakutsiz, adin txikikoen artean gauzatzen diren delitu hauen portzentaje esanguratsu bat murriztuko litzatekeela uste dut. Era berean, Doringek dioen bezala, delitu hauen hezkuntza bidezko prebentzioak normaltasunean oinarrituta egon beharko luke. Beste era batera esanda, hezkuntza honen helburua ez litzateke adingabeen arteko Zigor Kodeko grooming eta sexting delituak guztiz desagerraraztea, baizik eta ekintza hauen arriskuez kontziente eginez eta auto-babeserako estrategia emateaz gain, adin txikikoak berreztea Zigor Kodeko 183. Ter artikuluan araututako egitateren bat hastekotan, horiek “modu seguruan” praktikatzeko.

Ez dugu ahaztu behar legegileak berak, adin txikikoen gehiegizko zigortzea ekiditeko, Zigor Kode 183 quater artikulua sartu duela indarrean. Baina artikulua honen zehaztasun faltak nahiko diskrezionaltasun zabala uzten dio epaileari, eta era berean, segurtasun juridiko falta sortzen du herritarrengan. Izan ere, ez da zehazten zeri egiten dion erreferentzia “*garapen edo heldutasun maila*”, “*adinez antzekoak*” edo “*adingabearen onarpen librea*” bezalako esamoldearekin. Hori ekiditeko, legegileak berak erreformak indarrean sartu baino lehen, interpretazio desberdinak jaso ditzaketan artikulua zehaztu beharko litzatekeela uste dut. Hau da, artikulua bakoitza emateko bete beharreko baldintzak epailearen eskuetan utzi beharrean, baldintza horiek zein diren aurretik mugatu beharko liratekeela uste dut. Modu honetan, herritarrek ekintza bat burutu aurretik hori Zigor Kodean jasota dagoela eta ekintza horren ondorioak alde aurretik jakiteko edo ezagutu ahal izateko aukera emango dio, segurtasun juridikoa eskainiz.

7. Bibliografía

AMADEO GADEA, S, *Código Penal. Doctrina jurisprudencial*, FactumLibri Ediciones, S. L. Madrid, España,2016.

ASENCIO, J, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2010.

BERNABE PENALVER, A, *Las reformas de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años operada por la ley organica 1/2015, de 20 de marzo*, Universidad de Comillas, Madrid, 2017.

CADENA SERRANO, F, *Los delitos de agresión sexual a menores de 16 años del artículo 183.2 y 3 cp. Subtipos del artículo 183.4 cp. Del artículo 183 bis cp*, Madrid, España, 2015,

CANCIO MELIÁ, M, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011.

CORCOY M, BOLEA, C et al, *Manual de derecho penal parte especial*, Tirante lo Blanch,Valencia, España. 2015.

DAPHNE, *La 3ª Encuesta Bayer Schering Pharma Sexualidad y Anticoncepción en la Juventud Española*, 2009.

DIEZ RIPOLLES, JL, *EL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LOS EFECTOS DE LA PENA*, Universidad de Málaga, Málaga, 2003.

DÖRING, N, “Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?”, *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 2014, 1-15.orr.

FERNANDEZ REBORDINOS, I, *LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ESFERA PENAL: ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING*, Universidad de León, León, 2016.

GARCÍA ÁLVAREZ, P, “Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años,” *Cuadernos penales*, núm. 12/2016.

GONZALEZ AGUDEDO, G, “Consecuencias jurídicas y político-criminales de la elevación de la edad del consentimiento sexual en los derechos sexuales y la salud sexual y reproductiva del menor de edad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, 2016.

GORRIZ ROYO, E, “On’line chil grooming” en *Derecho penal español*”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 2016.

HASSEMER, E, *Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídico*, Jurídica Conosur, Santiago, 1995.

LAMARCA PEREZ, C, *Principio de legalidad en el derecho penal internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.

MARTINEZ ATIENZA, G, *Derecho Civil, Penal Sustantivo y Procesal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo (2015)*, Experiencia, España, 2018.

MAZA MARTIN, JM, *Circular 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal*, Madrid, España, 2017.

MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2010.

MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte especial*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2017.

MUÑOZ CONDE, F, *Derecho penal parte general*, Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2015.

ORTS BERENGUER, E and GONZALEZ CUSSAC, J, *Compendio de derecho penal parte general*. Tirante lo Blanch, Valencia, España, 2011.

PASTOR, N, Robles, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial*, Iuscrimbcn, Barcelona, España, 2016.

QUINTERO OLIVARES, Q, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Editorial Aranzadi SA. Navarra, España. 2011.

ROPERO CARRASCO, J, *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores*. Universidad de Santiago de Compostela. *Estudios penales y criminológicos*, 2014, Vol. 34: 230. Orr, 10/04/2019 berreskuratura

SANZ MULAS, N, *Política criminal*. Ratio Legis. Salamanca, España. 2017.

SILVA, J, RAGUES, R et al, *Lecciones de derecho penal parte especial*, Atelier, libros jurídicos, Barcelona, España, 2015.

Sociedad española de contracepción. *Presenta la Encuesta Nacional 2018 sobre la Anticoncepción en España. 2018*.

TAMARRIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, *Comentarios a la reforma del CP de 2015*. Pamplona, 2015.

URIARTE QUESADA, D, *EL GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 2015.

VILLA CAMPA ESTIARTE, C, “Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes”, *e-Eguzkiloire. Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*. Num. 2, 2017.

VILLACAMPA ESTIARTE, C eta GOMEZ ADILLON, M,” Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-15, 2016.

ZÁRATE CONDE, *Derecho Penal. Parte especial: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, España, 2016.

8. Jurisprudentzia

935/2006 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006eko urriaren 2a.

476/2006 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006eko maiatzaren 2 a.

4/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko apirilaren 4 a.

4/2006 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2006eko apirilaren 18a.

159/2005 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2005eko otsailak 11 a.

4/2005 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2005eko apirilaren 4 a.

132/2013 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2013ko urtarrilaren 15 a.

5492/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016ko abenduaren 19 a.

514/2009 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009eko maiatzaren 20 a.

1142/2009 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009eko azaroaren 24 a.

235/2009 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2009eko martxoaren 12 a.

782/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urriaren 16^a.

946/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko abenduaren 15 a.

67/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urtarrilaren 21 a.

782/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urriaren 19 a.

159/2005 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigorarloko bigarren sala). 2005eko otsailaren 11 a.

58/2017 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigorarloko bigarren sala). 2017eko otsailaren 7 a.

1001/2016 sententzia. Auzitegi Gorenarena (Zigor arloko bigarren sala). 2016eko urtarrilaren 18 a.