



PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel

Zuzenbide Penalaren arloa  
Ohorezko kolaboratzailea  
EHUko Zuzenbide Fakultatea  
Manuel Lardizabal, 2  
20018 Donostia  
dppemaa@sc.ehu.es

BIBLID [1137-1951 (2002), 9; 55-62]

# Osotasun moralaren babesak: tratu apalesgarrien, torturaren eta osotasun moralaren kontrako atentatuaren tipikotasuna<sup>1</sup>

(The protection of moral integrity: criminality of degrading treatment, torture and crimes against moral integrity)

**L** 1995eko Zigor Kodea indarrean sartzeak hainbat nobedade ekarri ditu. "Osotasun morala" ondasun juridikoaren babespena izan da nobedade horien artean garrantzitsuenetarikoa bat. Osotasun moralaren babesak dakartzen ondorioak hurrengo hauek ditugu: alde batetik, tortura delituaren kokaleku berria (174. art.), eta, bestetik, tipo berriak sortzea, hau da, tratu apalesgarria (173. art.) eta funtzionario publikoek osotasun moralaren aurka egindako atentatua (175. art.). Tipo hauei esker, orain arte zigorrik gabe suertatutako jokaera krudel hauek erantzun penala jasoko dute.

**C** on la llegada del Código Penal de 1995 muchas son las novedades introducidas por el mismo. Una de las más importantes radica en la protección del, hasta ahora desconocido, bien jurídico "integridad moral". La protección de la integridad moral supone no sólo la reubicación de otros tipos que, como la tortura (art.174), se contenían en otros Títulos del Código Penal, sino la creación de nuevos tipos penales que, como el trato degradante (art. 173) y el atentado contra la integridad moral cometido por funcionarios públicos (art. 175), permitirá evitar la impunidad de conductas tan crueles como las incursas en los mismos.

**L** e Code Pénal de 1995 a introduit beaucoup de nouveautés. L'une des plus importantes réside dans la protection du, jusqu'à maintenant méconnu, bien juridique "intégrité morale". La protection de l'intégrité morale ne représente pas seulement le rétablissement d'autres types qui, comme la torture (art. 174), étaient contenus dans d'autres Titres du Code Pénal, mais la création de nouveaux types pénaux qui, comme le traitement dégradant (art. 173) et l'attentat contre l'intégrité morale commis par des fonctionnaires publics (art. 175), permettra d'éviter l'impunité de conduites aussi cruelles que coupables.

1. EHUko 160.224 - HA - 7788/2000 Ikerkuntza Proiektuak artikulu hau bane hartzen du.

---

1. **Sarrera.** 2. **Nazioarteko aurrekariak.** 3. **Osotasun moralaren babesa eta esanahia:** 3.1. Sarrera. 3.2. Osotasun moralaren esanahia. 3.2.1. Osotasun morala eta oinarritzko eskubideak. 3.2.2. Duintasunaren adierazpena. 3.2.3. Konstituzio-Auzitegiaren jurisprudentziak dioena. 4. **Osotasun moralaren aurkako jokaerak: tratu apalesgarriak, torturak eta osotasun moralaren aurkako atentatuak.** 4.1. Tratu apalesgarriak. 4.2. Tortura. 4.3. Agintariek edo funtzionario publikoek osotasun moralaren aurka egindako atentatuak. 5. **Konklusioak.**

---

## 1. Sarrera

1995eko Zigor Kodea indarrean sartzen denean, ondasun juridiko berri bati babesa eman nahi zaio, hau da, osotasun moralari. Ondasun juridiko hau Zigor Kodearen VII. Tituluan agertzen da, hurrengo izenburua izanik: *Torturak eta osotasun moralaren aurkako beste delituak*. Bost artikulutan banatzen da osotasun moralak jasandako babesa: 173. artikuluan, tratu apalesgarrien arauketa; 174. eta 175. artikuluetan funtzionarioek egindako osotasun moralaren aurkako delituak: tortura eta atentatua; 176. artikuluan, ez-egite delitua agertzen da; 177. artikuluan, berriz, delituplaketa arautzen da.

Osotasun morala eta bere aurkako jokaerak aztertzea lan honen helburu nagusia denez, lehenengo hiru artikuluetaz arduratuko gara (173, 174 eta 175), azkeneko biak beste momentu baterako utzirik.

## 2. Nazioarteko aurrekariak

Jakina denez, 1995 urtea baino lehen, osotasun morala oinarritzko eskubide bat besterik ez zen. 1978ko Konstituzioaren 15. artikuluan osotasun fisikoaren ondoan, osotasun moralaren babesa bermatu egiten da, torturaren, tratu ez-gizatiarren eta tratu apalesgarrien aurrean. Dena den, oinarritzko eskubide bat izanik, Konstituzioaren bidez jasotzen duen babes bereziak ez du Zigor Kodean islarik izango. Hau da, aipatutako 15. artikuluan hiru ekintza debekatu arren, aurreko Zigor Kodean, torturak izan ezik, tratu ez-gizatiarrak eta tratu apalesgarriak ez ziren aintzakotzat hartzen. Egia esan, tortura tipifikatzearen arrazoia ez zetzan osotasun morala-

ren babesean, Herri Arduralaritzak jasandako minean baizik<sup>2</sup>.

Nahiz eta Estatu espainiarreko Konstituzioan agertu, portaera hauen debekua beste iturrietan aurkitzen da: Nazioarteko aurrekarietan, alegia. Barneko Zuzenbidean, tratu apalesgarrien eta ez-gizatiarren arauketa penalaren faltan, Nazioarteko Komunitateak, Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalean hasieran, eta gero beste Nazioarteko zenbait Hitzarmenetan, debekatu egin ditu portaera hauek.

Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalaren 5. artikulua, tortura, tratu apalesgarri, krudel eta ez-gizatiarren debekua galdatzen du, Duintasunaren aurkako ekintzak izanik. Estatuak bete behar duten aginte bilakatzeko da debeku hau, pertsonaren balioa, duintasuna eta errespetua bermatzeko. Beste hitzetan: portaera hauen aurrean, erantzukizun kriminala galdatzera behartuta daude "Alderdi Kontratatzailak".

Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsala eta gero, 1950ean Europar Estatuak Giza Eskubideen eta Oinarritzko Askatasunen Europar Hitzarmena onesten dute. Itun berri honetan, Deklarazio Unibertsalean agertutako hastapenak onartu ez ezik, edukia ere hartu egiten da, Giza Eskubideei berme eta babespena eskaini diezazkien. Europar Hitzarmenaren 3. artikulua, Deklarazio Unibertsalaren 5. artikulua ere edukia errepikatuko luke. Beraz, duintasuna lesionatzen duten portaeren, hau da, tortura, tratu ez-gizatiar eta tratu apalesgarrien erabateko eta esanbidezko debekua daukagu, Deklarazio Unibertsalak ezartzen zuen moduan.

Zentzu horretan, honako ondorioak aintzakotzat hartzen dira. Alde batetik, duintasuna lesionatzen duten jokaerak, tortura, tratu ez-gizatiarrak eta tratu apalesgarriak debekatu behar dira. Kontzeptu hauek definitu barik badaude ere, Estatuak ahalegin handiak egin behar dituzte, kontzeptu bakoitzaren esparruan sartzen diren jokaerak bai argitzeko, baita zehazteko ere. Bestetik, Estatu batek Deklarazio eta Hitzarmen hau beregain hartzen eta berresten duenean, bere edukia onartzen du, eta, kasu zehatz honetan, portaera hauek debekatzeko konpromisoa ere hartzen du. Honekin batera, aipatutako arduratzeko eta debekua bermatzeko, Estatuak, Giza Eskubideen defentsan, tipifikatu egin behar du lituzkete torturak, tratu ez-gizatiarrak eta tratu apalesgarriak.

---

2. Hau zela eta, tortura delitua aurreko Zigor Kodearen II. Tituluaren II. Kapituluaren II. Sekzioan agertzen zen: *Funtzionario publikoek, legeek gizabana-koei onartzen dizkieten eskubideen aurka egindako delituak*.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Osotasun moralaren babesa: tratu apalesgarrien, torturaren eta osotasun moralaren kontrako atentatuen tipikotasuna. *Eleria*. 9, 2002, 55-62

### 3. Osotasun moralaren babesa eta esanahia

#### 3.1. Sarrera

Frantziako eta Portugaleko Zigor Kodeek egiten duten bezala, Estatu espainiarreko Zigor Kodeak, Nazioarteko agindua jarraituz, torturak eta tratu apalesgarriak tipifikatzen ditu, osotasun moralaren aurkako delituak izateagatik.

Nazioarteko tresnetan egiten zen bezala, Estatu espainiarreko Zigor Kodeak ezezaguna zen ondasun juridiko bati ematen dio babesa portaera hauen aurrean. Hau da, nazioarteko tresnek tortura, tratu ez-gizatiar eta tratu apalesgarrien egitearen aurrean duintasuna babestu arren, ikusiko dugun bezala, osotasun moralak 1995eko Zigor Kode berriak eskaintzen duen babesa jasoko du. Tortura, tratu ez-gizatiar eta tratu apalesgarriek begira, Nazioarteko Zuzenbidea eta Barneko Zuzenbidearen arteko desberdintasun nagusia horretan datza. Hau dela-eta, Nazioarteko Zuzenbideak duintasuna babesten duen bitartean, Barneko Zuzenbideak osotasun moralari ematen dio babesa, azken finean duintasuna babestuz.

Konstituzioaren 15. artikulua, osotasun moralara oinarritzko eskubidetza aitortu ez ezik, honen aurkako portaerak debekatzera bultzatu ere egiten du. Hala eta guztiz ere, Oinarritzko Legearen edukia eraginkortasunik gabekoa denez, beste arlo juridiko bat aurkitu behar da osotasun moralak erabateko babesa lor dezan.

1995eko Zigor Kodeari esker, gainditu egiten da zailtasun hau, osotasun moralaren aurkako jokaerak tipifikatuz. Zentzu honetan, delitutzat hartuko da bai torturaren egitea, baita tratu apalesgarriarena ere. Honekin batera, esanbidezko babesa lortzen da; hau da, alde batetik Konstituzioaren aitortzea, eta beste batetik Zigor Kodearen gerizapena, edo, beste hitzetan esanda, osotasun moralaren babesa betetzen da, oinarritzko eskubidea eta ondasun juridikoa izanik.

Kontzeptuaren abstrakzioa eta zehazgabetasuna direla-eta, zailtasunak sortzen dira bai esanahia zehazteko, baita beste ondasun juridikoko harremanak finkatzeko orduan ere.

#### 3.2. Osotasun moralaren esanahia

1995eko Zigor Kodearen VII. Tituluan osotasun moralara ondasun juridikotzat hartzen da<sup>3</sup>, kontzeptuaren zehazgabetasuna arazorik larriena izanik. Hona hemen, adar desberdinetatik, termino hau argitzeko topatzen ditugun hiru hurbilketa edo hiru ikuspen doktrinalak: osotasun moralara eta oinarritzko eskubideak; osotasun moralara, duintasunaren adierazpena; osotasun moralari buruz Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak dioena.

##### 3.2.1. Osotasun moralara eta oinarritzko eskubideak

Konstituzioaren 15. artikuluko babesaren ondorioz, oinarritzko eskubidetza hartzen da osotasun moralara. Hau dela eta, oinarritzko eskubide honen errespetuaren beharra betetzen ez denean<sup>4</sup>, Konstituzioak aurreikusten duen mekanismo berezi bat jarriko da martxan. Beraz, arlo juridiko-konstituzionalari begira, osotasun moralara, babestu behar den oinarritzko eskubide bat besterik ez da. Dena den, tresna honek ez du inongo eraginkortasunik izango Zuzenbide Penalaren esparruan.

##### 3.2.2. Duintasunaren adierazpena

Hasieran ikusi dugun bezala, Nazioarteko Zuzenbideak duintasunaren babesean kokatzen zuen tortura, tratu ez-gizatiarrak eta tratu apalesgarriak debekatzearen oinarria. Horregatik, duintasuna eta osotasun moralara parekoak izan dira edo horrela ulertu dira. Antza denez, duintasuna oinarritzko eskubideen oinarria da<sup>5</sup>. Zentzu honetan, osotasun moralara oinarritzko eskubidea izanez gero –Konstituzioaren 15. artikuluan aurki daiteke eta<sup>6</sup>–, duintasunaren adierazpen bat delakoan gaude.

Horrela balitz, hau da, osotasun moralara duintasunaren adierazpen bat besterik izango ez balitz, oinarritzko eskubide guztiak duintasunaren adierazpenak direla onartzen ariko ginateke. Baina, hau egia izan arren, osotasun moralari dagokionez, egile hauek osotasun moralara eta duintasunaren arteko harreman estu eta berezi bat eraikitzen dute, biak esanahi berdinerara helduz. Beraz, egile hauen arabera, oinarritzko eskubideek duintasunarekin duten harremana erabat desberdina bihurtzen da osotasun moralara kontuan hartzerakoan.

3. MIR PUIGEK esaten duen bezala, "Bien jurídico y bien jurídico-penal", Estudios Penales y Criminológicos, XIX. zkia, 1989-1990, 208. or.  
4. Mekanismo hau Konstituzioaren 53-55 artikuluetan kokatzen da. Egia esan, Giza Eskubideak babesteko eta bermatzeko mekanismo eraginkorrik ez da aurkitzen ez Giza Eskubideen Deklarazio Unibertsalean, ez Giza Eskubideen eta Oinarritzko Askatasunen Europar Hitzarmenean, ezta Espainako Konstituzioaren artikuluko horietan ere.  
5. Ik., guztien artean, CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, 894 or.; PÉREZ ALONSO, "Los nuevos delitos contra la integridad moral", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2 zkia, 1999, 155 or.  
6. Konstituzioak adierazten duen bezala, oinarritzko eskubidetza hartzen dira 15. eta 29. artikuluen artean onartzen diren eskubideak, baita 30. artikuluan agertutako kontzientzia eragozpena ere.

Zentzu horretan, osotasun moralarekin konparatuz gero, egile hauek maila berean jartzen dituzte biak, gauza bera direla adierazteko. Konklusio honetara iristeko, duintasunaren eta osotasun moralaren ezaugarri nagusienak aztertzen eta konparatzen dituzte.

Dirudenez, pertsona guztien errespetua lortu nahi duen balio morala eta espiritual batekin lot daiteke duintasuna<sup>7</sup> eta, era berean, osotasun morala. Beste era batean esanda, gizakiaren kualitatea eta pertsona izateagatik daukagun kualitate hori errespetatzearen beharra da duintasuna<sup>8</sup>.

Beraz, bigarren ikuspegi honetan kokatzen diren egileek osotasun morala eta duintasunaren arteko identifikazioaren alde jotzen dute, kontzeptu bakoitzari hurrengo ezaugarriak egokituz: 1. Pertsonarengan dagoen balioa da; 2. Pertsona guztien errespetua eskatzen duen balioa da; 3. Balio honi esker, pertsonaren garapena lortzen da askatasunean.

Hiru ezaugarri hauek egokitzen dizkiete bai duintasunari bai osotasun moralari, kontzeptu bakar bat lortuz. Pertsonaren garapena bermatzeko, pertsonaren errespetua eskatzen duen balioa eta pertsonarengan dagoena ere izango lirakeke duintasuna eta osotasun morala. Azken finean, duintasuna edo osotasun morala lesionatzen ez badira, pertsonak merezi duen kategoria lortuko du<sup>9</sup>, baina errespetatzen ez badira, pertsona tresna bat bezala apaldu eta degradatuko da.

Horrela, osotasun morala duintasunaren adierazpentzat hartuz gero, pertsona tresna batekin parekatzen duten portaerak debekatu egin beharko lirakeke, erantzukizun penala eskatuz apaltzen edo degradatzen duten portaeren aurrean.

### 3.2.3. Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak dioena

Makina bat kasu aztertu ditu Konstituzio Auzitegiak osotasun morala arriskuan jarri edo lesionatzearen ondorioz<sup>10</sup>. Hala eta guztiz ere, horien artean 120/90 Sententzian agertzen dena aipatzeko modukoa da, Sententzia honetan Auzitegiak asmatzen duen osotasun moralaren kontzeptua behin eta berriro errepikatuko baita, doktrina sortuz.

Kasuaren xehetasunetan sartu barik, Auzitegiak osotasun fisiko eta moralaren eta duintasunaren definizio trinko bat azaltzen du, gaiaren arazoak islatzen. Horrela, Konstituzio Auzitegiaren arabera, 15. artikuluan agertutako osotasun fisiko eta moralaren eskubideak pertsonaren bortxaezintasuna bermatzen du, erasoek pertsonaren gorputza ez ezik espiritua ere lesionatu nahi dutenean.

Definizio honen arabera, pertsona bi zatitan banatuz gero (gorputza eta espiritua), bakoitza "osotasun" batekin jartzen du harremanetan zenbait egilek; hau da, gorputza osotasun fisikoarekin<sup>11</sup> eta espiritua, berriz, osotasun moralarekin. Hau dela-eta, osotasun fisikoa eta morala ez dira menpekoak izango, independenteak baizik. Osotasun fisikoak eta osotasun moralak osotasun pertsonala osatzen dute, baina hala eta guztiz ere bakoitza erabat autonomoa da.

Konstituzio Auzitegiak emandako hurbilketari jarraituz, bortxaezintasuna ezaugarri nagusi bilakatzen da. Osotasun moralak espirituaren bortxaezintasuna babesten du, tortura, tratu ez-gizatiarrak edo tratu apalesgarriak suertatzen badira. Beraz, osotasun moralaren eskubidea eta pertsonaren espiritua lesionatu egingo dira pertsona apaltzen edo umiliatzen denean; hau da, torturazterakoan edo tratu ez-gizatiar edo apalesgarriak ematean.

Are zehatzago topatzen dugu Auzitegiaren ikuspegi duintasuna definitzen duenean. Zentzu horretan, duintasuna pertsonarengan dagoen balio espiritual eta morala izango litzateke; hau da, errespetatu egin behar den gutxieneko bat, pertsona mespretxatzen duten jokaerak egitea eragozten duen balioa<sup>12</sup>.

Lehen aipatu bezala, osotasun morala duintasun adierazpen bat besterik ez zen; orain, aitzitik, Konstituzio Auzitegiak, definizioak sortu ez ezik, bi kontzeptu hauen arteko desberdintasunak zehaztu nahi ditu. Zentzu honetan, balio espiritual eta morala da duintasuna<sup>13</sup>, ordenamendu juridiko osoa babesten duen balio nagusia, oinarritzko eskubideen oinarria –hauen artean osotasun morala topa dezakegu–, bere babesa aurkitzen duena eskubide hauek zaintzean. Era berean, duintasuna eta osotasun morala harremanetan jartzen dira, erabat autonomoak diren kontzeptuak izanik.

7. Apirilaren 11ko 53/85 Konstituzio Auzitegiaren Sententzia, 8. oinarri juridikoa. Era berean doktrinak onartzen du, horrela, guztien artean, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, 1997, 504 or.

8. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1996, 159 or.

9. DE LA CUESTA ARZAMENDIK, "Torturas y otros atentados contra la integridad moral", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI zkia, 1998, 70 or., esaten du Oinarritzko Eskubideen oinarria denez duintasuna, honek osotasun moralarekin duen harremana ezezkkoa dela; TAMARIT SUMALLAK, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996, 860. or., era berean onartzen du osotasun morala duintasunaren ondorio bat besterik ez dela.

10. Ik. urtarrilaren 29ko 2/82 eta apirilaren 11ko 53/85 Konstituzio Auzitegiaren Sententziak.

11. Ik. MARTÍNEZ PUJALTE. *Contenido esencial del derecho a la integridad física*, 61. or.

12. Ik. ekainaren 27ko 120/90 Konstituzio Auzitegiaren Sententzia, 4. oinarri juridikoa; zentzu berdinean, otsailaren 28ko 57/94 Konstituzio Auzitegiaren Sententzia, 8. oinarri juridikoa.

13. Ik. BITZILEKIN. *Menschenwürde und Ehre*, 86. or.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Osotasun moralaren babesa: tratu apalesgarrien, torturaren eta osotasun moralaren kontrako atentatuen tipikotasuna. *Eleria*. 9, 2002, 55-62



Beraz, aipatutako bi definizioak aztertuz, osotasun moralaren eta duintasunaren arteko desberdintasuna ikusteaz gain, osotasun moralari dagozkion hainbat ezaugarri zehaz daitezke: pertsonaren bortxaezintasuna bermatzen duen eskubidea da; pertsonaren espiritua babesten du, hau da, gizabanakoa apaltzen edo mespretxatzen denean, lesionatzen dena; gizabanakoa babesten du tratu apalesgarrien, torturen eta tratu ez-gizatiarren aurrean; duintasuna balio moral eta espirituala da; osotasun morala, ordea, pertsonaren espiritua babesten duen eskubidea, oinarria duintasunean duena.

Aipatutako hiru ikuspen hauetaz baliatuz, osotasun moralaren definizioa eraikitzen saia daiteke, ikuspegi bakoitzari esker zehaztutako zertzeladekin batera. Beraz, onar daiteke osotasun morala duintasunean oinarritzen den eskubidea dela; pertsona babesten duela, apaltzen, degradatzen edo mespretxatzen duten jokaeren aurrean. Hau dela eta, pertsonaren bortxaezintasuna, osotasun moralaren ideia nagusitzat hartzen da<sup>14</sup>, pertsona bezala tratatzeko eskubide bihurtuz.

#### **4. Osotasun moralaren aurkako jokaerak: tratu apalesgarriak, torturak eta osotasun moralaren aurkako atentatuak**

Orain arte aztertu den bezala, osotasun moralaren kontzeptuaz jabetzea nahiko lan gogorra dugu, terminoaren abstrakzioaren ondorioz. Egoera hau onartu behar bada ere, Zigor Kodeak osotasun moralaren defentsan egindako lana onartu behar da. Adierazitakoari dagokionez, Zigor Kodearen VII. Titulua osatzen duten bost artikuluek (173-177) ondasun juridiko honen babesari heldu nahi diote, Tituluaren errubrikari jarraituz: *Torturak eta osotasun moralaren aurkako beste delituak*.

Osotasun moralaren kontzeptua aztertu ondoren, ondasun juridiko hau lesionatzen duten portaerak aztertzeke ordua heldu da, portaera hauen zehaztapena izanik momentu honetan dakugan helbururik nagusia.

##### **4.1. Tratu apalesgarria**

173. artikulua aldarrikatzen du: "Norbaitek beste pertsona bati, bere osotasun moralari kalte larria eginez, tratu apalesgarria ematen badio, sei hilabetetik bi urtera arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio".

Artikulua irakurri ondoren, berehala ikus daitezke bere zailtasunak. Alde batetik, lesioa-tzen edo arriskuan jartzen den ondasun juridikoari begira, termino honen zehazgabetasuna eta, bestetik, tipifikatzen den jarrerari dagokionez, "tratu apalesgarria"-ren esanahia mugatu barik aurkeztzen zaigu, eta, era berean, portaeraren zehazgabetasunez gain, jarrera honek eragin behar duen larritasuna oztopo bat besterik ez da tipo honetan sartu behar diren jokabideak arakatzeko. Antzaenez, 173. artikulua martxan jar dadin, tipifikatzen duen portaerari gutxieneko larritasun maila bat gainditzea galdatzen zaio, zigorgabeko portaera suertatuz, ezaugarri hau ez betetzean.

Doktrinari eta Giza Eskubideen Europar Tribunalaren jurisprudentziari esker, "tratu apalesgarria"-ren kontzeptua, apalkuntza eta degradazio sentimenduak sortzen dituzten jarrerekin lotzen da. Tratu apalesgarriak, torturak eta tratu ez-gizatiarrak bezain larriak ez izanik, larritasun irizpideari jarraituz, piramide baten oinarria izango liriteke, non torturek erpina osatuko bailukete. Zentzu honetan, portaera bat tratu apalesgarritzat hartzeke, gutxieneko larritasun maila gaintu beharko luke, baina sortzen dituen sufrimenduak gero eta larriagoak badira, tratu ez-gizatiarrak edo tortura gertatuko dira.

Beraz, adierazi dugunaren arabera, hiru ezaugarri bete beharko liriteke jarrera bat tratu apalesgarritzat har dadin: 1. Osotasun moralaren aurkako eraso bat izatea; 2. Apalkuntza eta degradazio sentimenduak sortzea; 3. Eta gutxieneko larritasun maila jakin bat gaintzea<sup>15</sup>, biktima bakoitzaren inguruabar pertsonalak izanik larritasuna neurtzeko irizpideak (adina, sexua eta nortasuna, beste batzuen artean).

Hiru ezaugarri hauei laugarren elementu bat erantsi behar zaie; hau da, subjektu aktiboaren egoera. Jakinaenez, portaera batek "tortura" osa dezan, ekintzaren egileak funtzionario publiko edo agintaria izan behar du, Zigor Kodeko beste tipo batera jo beharko delarik baldintza hau betetzen ez bada. Beraz, hau derrigorrezko baldintza dugu torturaren aurrean.

Tratu apalesgarriak, aitzitik, ez du aipatutako ezaugarria galdatzen. Tipoak dioten bezala, "norbaitek (...)", zera da, edozeinek, kalte larria egin diezaioke pertsona baten osotasun moralari, tratu apalesgarria ematen badio. Beraz, doktrinaren arabera, portaera bat tratu apalesgarri bezala kalifikatzeko, bere egileak ez du funtzionarioa edo antzekoa izan beharrik, edozein pertsonak bete baitezake 173. artikuluko tipoa. Horrela, tipo horri komuna deitzea izango litzateke honek dakarren ondorioa.

14. Ik., guztien artean, CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, 1996, 895 or.

15. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte Especial*, 1998, 163 or, hauetako adibide batzuk jartzen dituzte: ilea moztea; biluzik geratzea behartzea pertsona bat, olio zuzteza pertsona bat gero gainean lumak jartzeko.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. Osotasun moralaren babesa: tratu apalesgarrien, torturaren eta osotasun moralaren kontrako atentatuen tipikotasuna. *Eleria*. 9, 2002, 55-62

Beraz, portaera batek 173. artikuluko tratu apalesgarria osatzeko, honako ezaugarriak bete behar ditu: 1. Osotasun moralaren aurkako eraso bat izatea; 2. Apalkuntza edo degradazio sentimenduak sortzea; 3. Gutxieneko larritasun maila jakin bat gainditzea; 4. Eta portaeraren egilea edozein pertsona izatea.

## 4.2. Tortura

Are errazago suertatzen da tortura aztertea. Berria ez den kontzeptu honekin egiten dugu topo 174. artikuluan. Zigor Kodearen tradizioari jarraituz, tortura tipifikatu egiten da, baina kokapena aldatu egiten dio gaur egungo Zigor Kodeak, osotasun moralaren aurkako delituen artean ipiniz.

174. artikulua aldarrikatzen duen bezala, "1. Agintari edo funtzionario publikoak tortura egiten du, bere karguaz abusatuz, pertsona baten aitortza edo informazioa lortzeko helburuarekin edo pertsona horrek gauzatu duen edo gauzatu duela susmatzen den egitatearengatik zigortzeko helburuarekin, pertsonari baldintzak edo prozedurak ezartzen dizkionean, beren izaera, iraupena edo bestelako inguruabarren ondorioz, gorputzeko edo buruko sufrimenduak eragiten dizkietenak, ezagutu, bereizi edo erabakitze ahalmenak ezabatu edo gutxitzen dizkietenak, edo beste edozein modutan pertsonaren osotasun moralaren aurka atentatu egiten dutenak. Torturaren errudunari bi urtetik seira arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio atentatua larria bada; bestela, urtebetetik hirura artekoa. Edozein kasutan, adierazitako zigorrez gain, erabateko desgaitasun-zigorra ezarriko zaio, zortzi urtetik hamabira artekoa.

2. Zigor berberak ezarriko zaizkio, hurrenez hurren, espetxeetako edo adingabeen babes-etxe nahiz zentratokietako agintari edo funtzionarioari aurreko paragrafoan azalduko egitateak gauzatu baditu atxilotu, barneratu edo presoan inguruan".

Nahiz eta lekuz aldatu, 174. artikulua arautzen duen torturak Nazioarteko itunek adostutako hiru irizpideei eta zentzuari erantzuten die, hau da, irizpide materialari, subjektuaren kualifikazioari eta portaeraren helburuari. Lehenengoak, irizpide materialak, tipoa osatzen duten portaerak barne hartzen ditu. Hau da, jokaerek gorputzeko edo/eta buruko sufrimendu eta minak sortu behar dituzte. Bigarrenean, Agintariei edo funtzionario publikoei dagokie ekintzaren erantzukizuna delitu honetan. Eta hirugarrenak esan nahi du tortura ez dela betetzen helburu trinko batzuk jarraitu barik (aitortza, informazioa edo zigorra). Hiru irizpide hauek betez gero, tortura baten aurrean egongo ginateke. Hauetako baten faltan, ezin izango dugu torturatzat hartu gauzatutako ekintza, eta beste tipo batera jo beharko genuke.

Irizpide materiala errespetatzeko asmoz, 174. artikulua betetzen duten jokaerek era honekokoak izan behar dute: "[...] beren izaera, iraupena edo bestelako inguruabarren ondorioz, gorputzeko edo buruko sufrimenduak eragiten dizkietenak, ezagutu, bereizi edo erabakitze ahalmenak ezabatu edo gutxitzen dizkietenak, edo beste edozein modutan pertsonaren osotasun moralaren aurka atentatu egiten dutenak [...]".

Bigarren irizpidea ere betetzen du Zigor Kodearen 174. artikulua, torturaren egileari kualifikazio jakin bat galdatuz: "1. Agintari edo funtzionario publikoak tortura egiten du, bere karguaz abusatuz [...]".

Era berean, ezarritako irizpide teleologikoa berehala ikus daiteke torturaz arduratzen den tipo honetan: "[...] pertsona baten aitortza edo informazioa lortzeko helburuarekin edo pertsona horrek gauzatu duen edo gauzatu duela susmatzen den egitatearengatik zigortzeko helburuarekin [...]".

Beraz, nahiz eta osotasun moralaren kontra dagoen delitu bat dela gogoan hartu eta ondasun juridiko hau babesten duen Tituluan agertu, Nazioarteko Zuzenbideak markatzen dituen pausoak jarraitzen ditu 174. artikuluan araututa dagoen delituak.

Ikusten den bezala, tortura eta tratu apalesgarriaren arteko desberdintasunak argiak dira, eta Zigor Kodeak eman behar dien tratamenduak ere erabat desberdina izan behar du. Zentzu horretan, tortura eta tratu apalesgarrietan parte hartzen duten subjektuen baldintzak kontrakoak dira. 173. artikuluaen subjektu aktiboak gizabanakoa izan behar du, 174. artikuluaenak, berriz, agintaria edo funtzionario publikoa. Aipatu den bezala, tratu apalesgarria osatzen duten portaerak biktimarengan apalkuntza edo degradazioa sortu behar dute; tortura osatzen dutenek, berriz, gorputzeko edo buruko sufrimenduak. Honekin batera, tratu apalesgarriek ez dute inongo helburu berezirik behar; tortura delituan, ordea, pertsona baten aitortza, informazioa edo zigorra dira helburu nagusiak.

Nazioarteko Zuzenbidearen irizpideei jarraituz, 174. artikuluan tipifikatzen den tortura delituak adierazitako hiru ezaugarriak betetzen ditu, hiruak elementu propioak izango balira bezala. Hala eta guztiz ere, gai hau sakondu gabe, torturaren egileak funtzionario publikoak edo agintariak besterik ez badira, gizabanakoek torturaren beste bi ezaugarri betetzen badituzte zer gertatzen den izango litzateke orain azaldu beharko genukeen galdera.

Nire ustez, torturaren kontzeptua, nahiz eta tradizionala eta klasikoa izan, aldatu egin beharko genuke, sortuko diren ekintza hauei erantzun penala emateko, pena txikiagoa duten zenbait

tipotan sartzea edo euren zigorgabetasuna saihestuz.

### 4.3. Agintariak edo funtzionario publikoak osotasun moralaren aurka egindako atentatuak

Osootasun moralaren aurkako hirugarren portaera 175. artikuluan tipifikatzen da: "Agintari edo funtzionarioak, bere karguaz abusatuz eta aurreko artikuluan ezarritako kasuetatik kanpo, pertsona baten osotasun moralaren aurka atentatu egin badu, orduan, horri bi urtetik laura arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio, atentatua larria bada, eta ez bada sei hilabetetik bi urtera artekoa ezarriko zaio. Edozein kasutan, adierazitako zigorrer gain, egileari enplegu edo kargu publikoan aritzeko desgaitasuna berezia ezarriko zaio, bi urtetik laura artekoa".

174. artikularekin konparatuz, 175. artikulua betetzen ez duen ezaugarri bakarra elementu teleologikoa, helburua, besterik ez da. Hau da, 175. artikuluko delituan sartzen diren portaeren egileak funtzionario publikoak edo agintariak dira, eta, era berean, tortura osatzen duen elementu materiala ere, hau da, gorputzeko edo/eta buruko sufrimendu eta minak sortzea, aurkitzen dugu osotasun moralaren aurka egindako atentatuan. Beraz, 1995eko legegileak, tortura osatzen ez zuten portaeren zigorgabetasuna saihesteko sortu zuten "tipo" berri hau.

174. artikuluan ikusten den bezala, atentatu larriak eta larriak ez direnak zigortzen dira. Denarekin, doktrinak dioten bezala, bi artikulua hauek (174 eta 175) "tipo bereziak" dira –portaeren egileak agintariak edo funtzionario publikoak izanik–, eta beren artean harreman estu eta berezi bat aurki daiteke: 174. artikulua "oinarrizko tipoa" da, eta 175. artikulua, aitzitik, "tipo pribilegiatua".

"Oinarrizko tipoa" (tipo básico), zehaztuta dagoen ezarpenaren arlo trinkoa dauka. Batzuetan, honen ondoan, bai zuzenbide kontraktasuna bai erruduntasuna arintzen edo astuntzen duten inguruabar bereziak agertzen dira, "tipo pribilegiatuak" edo "tipo gaituak" sortuz.

175. artikuluari dagokionez, "oinarrizko tipoaren" (174. art.) nahitaezko ezaugarriak, bat izan ezik, betetzen ditu: subjektuaren kualifikazioa (egileak agintaria edo funtzionario publikoa izan behar du), eta portaera (gorputzeko edo/eta buruko sufrimendu eta minak sortzea). Artikuluaren edukitik ez da elementu teleologikoren galdapenik ondorioztatzen, beraz, ez da beharrezkoa tipoa osatzeko. Horrela, 174. artikuluan sartzen ez diren portaerak, helburu desberdinak dituztelako edo helbururik ez dutelako, 175. artikuluen bidez tipifikatuko dira, zigorgabeak ez suertatzeko.

Azken finean, osotasun moralaren aurka dauden delituak hiru dira: tratu apalesgarria (173. art.), tortura (174. art.) eta osotasun moralaren aurkako atentatua (175. art.).

Lehenengoan, subjektu aktiboa pertsona bera da. Biktimarengan apalkuntza eta degradazioa gauzatzen da eta gutxieneko larritasun maila bat gainditu behar da, hauen aurrean Zuzenbide Penalak esku har dezan.

Bigarrenean, subjektu aktiboa agintaria edo funtzionario publikoa dugu; gorputzeko edo buruko sufrimenduak gauzatu behar dira; eta helburu trinko bati heldu behar zaio, hau da, aitortzari, informazioari edo zigorrari.

Hirugarrenean, berriz, irizpide materiala eta subjektu aktiboa torturarenak dira; irizpide teleologikoa, berriz, ez da aintzakotzat hartzen.

## 5. Konklusioak

1995eko Zigor Kodean babesten den osotasun moralak, Zuzenbide Penaleko esparruan berria bada ere, Estatu espainiarreko Konstituzioan babesa jasotzen zuen, oinarrizko eskubidetzat hartzerakoan.

Osootasun morala lesionatzen edo arriskuan jartzen duten portaeren kontra jokatzeko, Konstituzioak asmatutako mekanismoaren urritasuna nabaria da denboraren poderioz. Horretan datza Zuzenbide Penaleko parte-hartzea eta 1995ean osotasun morala oinarrizko eskubide ez ezik, ondasun juridiko ere bihurtzearen arrazoia.

Osootasun morala ondasun juridikotzat hartu ondoren, berehala egiten dugu topo termino honen desegokitasunarekin, terminoaren zehazgabetasunarekin, alegia. Zailtasun hau gaindi dadin, doktrinaren gehiengoak Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziara jotzen du, definizioa lortu ez arren, osotasun moralaren zenbait ezaugarri aurkitzeko asmoz. Horrela, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentzia aztertu ondoren, hurrengo ezaugarriak aldarrikatzen dira osotasun moralaren esanahia aztertzerakoan: osotasun moralak duintasunarekin duen harremana, hau dela eta, duintasuna, beste oinarrizko eskubideak ikusita, osotasun moralaren oinarri bihurtzen delarik; osotasun moralerako eskubideak pertsonaren bortxazintasuna babesten du, bere espiritua eta barrukoa lesionatu edo arriskuan jarri nahi dutenen portaeren aurrean; pertsonaren espirituak edo barrukoak jasandako erasoaren ondorioz, osotasun moralerako eskubidea lesionatu egiten da pertsona apaltzen edo degradatzen denean; osotasun moralaren aurkako ekintzek, azken finean, pertsonaren borondatearen autodeterminazioa urratzen dute.

Adierazitako ezaugarriak aztertu ondoren, Zuzenbide Penaleko babes autonomia behar

duen ondasun juridiko bat daukagu, zeina organo eskudun guztiek kontuan hartu beharko duten, kasu bat aztertzeko orduan aipatutako ezaugarriak sumatzen badituzte.

Osotasun moralaren aurkako ekintzen artean, tortura zen ezagunena. 174. artikuluan jasota dagoen delituak, Nazioarteko aginduei eta Zigor Kodearen tradizioari jarraituz, irizpide materiala, teleologikoa eta subjektiboa betetzen ditu. Betiko egiturari jarraituz, gaur egungo torturak delituak ez du inongo arazorik ematen ulertzeko. Dena den, zalantzan jarri behar dugu gaur egun duen kokapena. Zentzu horretan, nahiz eta osotasun morala zauritu, beste ondasun juridiko batzuk ere lesionatu egiten dira delitu honen aurrean; beraz, nire ustez, beste Titulu batean ipintzea izango litzateke komenigarriena, funtzionarioek egindako delituen artean, zehazki.

Are konplexuagoak topatzen ditugu 173. eta 175. artikuluetan agertutako delituak. Egia esan, tratu apalesgarriak (173. artikulua) eta osotasun moralaren aurkako atentatuak (175. artikulua) tipo erabat berriak dira, eta dagokien abstrakzioa nabaria da. Kontzeptu hauek zehazteko egindako ahaleginak txalotu ez ezik onartu ere egin behar dira, tortura betetzen ez duten jokoerak, osotasun moralaren aurkakoak izanik, zigorgabeak ez suertatzeko.

173. artikuluari dagokionez, zailtasunak, ondasun juridikoan ez ezik, portaeran ere kokatzen dira. Delitu honetan lesionatzen den ondasun juridikoa (osotasun morala) ezezaguna bada ere, ulertezinago agertzen dira jokoerak, hau da, tratu apalesgarriak. Tipoaren isiltasunaren aurrean, doktrinari dagokio tipoa zehaztea. Horrela, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziari jarraitu ondoren, tratu apalesgarrien zenbait ezaugarri ondorioztatzen dira. Zentzu horretan, portaera batek tratu apalesgarria osatzeko, hurrengo ele-

mentuak bildu behar ditu: 1. Edozeinek egiten duen portaera izatea; 2. Osotasun moralaren aurkako eraso bat izatea; 3. Biktimarengan apalkuntza eta degradazio sentimentuak sortzea; 4. Gutxieneko larritasun maila bat gainditzea. Lau elementu hauek betetzean, 173. artikuluko tratu apalesgarria gauzatuko da.

175. artikuluko delituaren zailtasunak berri-tasunean aurkitzen dira. Tortura delituan sartzen ez diren portaerak delitu honetan tipifikatzen dira. Hau gertatzearen arrazoia, bi tipo hauen arteko harreman berezian aurki daiteke; hau da, 174. artikulua oinarritzeko tipoa da, eta 175. artikulua, berriz, tipo pribilegiatua. Horrela dio doktrinak, bigarren 175. artikulua honek torturaren bi ezaugarri besterik ez dituelako betetzen. Tipo hau mar-txan jartzeko, portaeren egileek funtzionario publikoak edo agintariak izan behar dute, eta gorputzeko edo/eta buruko sufrimendu eta minak sortu behar dira. Bi baldintza hauek bete ondoren, osotasun moralaren aurkako atentatuaren bidez tipifikatuko dira joerak, torturari galdatzen zaion hirugarren baldintza (helburu trinko bat) bete barik. Horregatik, artikulua honi "tipo pribilegiatua" deitzen zaio, tortura delituarekin konparatuz gero bere erabilpenaren arloa urriago suertatzen dela-ko.

Azken finean, nahiz eta berria izan, tortura aztertzerakoan aipatu den bezala, artikulua honek ere Zigor Kodeko beste Titulu batean kokatuta egon beharko luke, osotasun morala lesionatu ez ezik, beste ondasun juridiko batzuk ere zauritzen baitira.

Dena den, aztertutakoari dagokionez, buru-tu beharko genuke esanez osotasun moralak, beste ondasun juridiko autonomo bat bezala, Zuzenbide Penalaren babesa jaso behar duela tratu apalesgarrien, torturen eta Agintarien edo funtzionario publikoen atentatuen aurrean.