13. GAIA: DELITUAREN GARAPEN GRADUA

**13.1. ALDEZ AURRETIKO OHARRA**

Atal honetan aztertzen diren portaerak portaera tipikoa bera kontsumatu baino lehen burutzen diren horiek dira. Lehenik eta behin esango dugu aurreko iter criminis fase hau zuhurtzigabekeriazko delituetan ez dela inoiz zigorgarria izango.

Kasu hauetan berebiziko garrantzia du delituaren kanpo eta barne faseak bereiztea. Delituaren lehen mugarria pentseran jarri behar dugu, hau da, ekintza oro bezala burutu baino lehenago hausnartu egin behar dugu. Deliberamendu fase hau ez da inoiz zigorgarria izango.

Eztabaida da kanpoko fasearen ze momentutan haz daitekeen zigor zuzenbidea aplikagarria izaten. Kanpoko fase horren azterketa bereizteko barnean banaketa bat egingo dugu, alde batetik prestakuntza fasea eta bestetik exekuzio fasea. Gaurko zigor kodean prestakuntza fasea ez da zigorgarria izango (17 eta 18 art).

Baina exekuzio fasera salto egitean gauzak aldatzen dira, izan ere tentatibaren punizio fasean sartuko gara.

Iter criminis-en esanahia delituak gainditzen dituen fase desberdinak dira, eta hauek konsumatuak izan arte, bi makrofase ditugu, barrukoa (deliberamendu fasea) zigortua izan ezin dena, estatu demokratikotik datorkigun muga bat da hau, derecho penal de hecho vs. Derecho penal de autor, ezin da prebentiboa izan zigor zuzenbidea, eta kanpoko fasea, non jada parte har dezakeen zuzenbide penalak.

**13.2 PRESTAMEN EKINTZA ZIGORGARRIAK**

Zuzenbide penalak esku hartzen du ideiak kanpoko munduan gauzatzen direnean. Zuzenbide penalaren eginkizuna hasten da barruko esferatik kanpoko esferara pasatzen denean, ez lehenago. Delituak fase ezberdinak bizi ditu:

* Jaio
* Garatu: delitua kontsumatu egiten da.
  + Tipo penaletan deskribatzen den fasea burutzapen edo kontsumazio faseari dagokio.
* Bukatu
* Agortu: delitu batzuetan bakarrik ematen da.

Jaio egiten da: saiakuntza bezala jaiotzen da. Hemen bukatu gabeko saiakuntza edo bukatutakoa izango dugu. Gerta liteke delitua saiakuntzan gertatzea eta bertan bukatzea baina kasu gehienetan kontsumatu egiten da eta aurrera jarraitzen da azterketarekin.

* Saiatua izan baino lehen gertatu daiteke beste figura batzuk emotea.Delitua jaiotzean ez da zuzenean saiakuntza izango.

Saiakuntza izan daiteke:

* Bukatu gabeko saiakuntza
* Bukatutako saiakuntza
  + Izen liteke delitua saiakuntzan gelditzea baina gehienetan kontsumatu egiten da
  + Saiakuntza KP 16.art arautzen da. Eta saiatutako delituetan klausula hori tipo penal zehatzarekin lotu behar da; adibidez, 138/16. Art.

Saiakuntza baino lehen fase desberdinak eman daitezke. Eta dase horiek: **Prestamen egintzak lirateke. Prestamen egintzak (penalki zigorgarriak suertatzen dira) delitu guztiekin batera ez dira zertan eman behar eta emanda ere legalki jasota dauden kasuetan zigortuko dira. Delitu larrienetan izango dira zigorgarriak, numerus clausus zerrenda bat da** (zuhurtziagabekerian bezala). Prestamen egintzak zigortuak izateko KP jasoak egon behar dira, eta oro har tipo larrienetan aurreikusten dira. Ondorio orkorra da gradu bat edo bi jaistea. Prestamen egintzak honako hauek dira:

* Konspirazioa: delitu zehatz bat egiteko akordioa, eta beti egikaritza fasea hasi baino lehen egikaritu behar dena.
* Probokazioa: proposizioaren berdina da, baina dimentsio publiko nabariarekin
* Proposizioa: pertsona bate erabakia hartu eta beste batzuekin kontaktuan jartzean gonbidatu egiten ditu delituan parte hartzera

1. **KONSPIRAZIOA**

KP 17.1 art ezartzen du "existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo".

Konspirazioa **akordio** bat da, akordioaren ideia oinarritzen da. Konspirazioa bi pertsona baino gehiago elkartzea da delitu bat egiteko akordioa lortzeko helburuarekin. Akordioa ez bada delitu zehatz baten ingurukoa ez da konspiraziorik egongo. Konspiratu egiten da delitu jakin baten gainean, planteamendua zehatza izan behar da. Normalean konspiratzen denean rolak banatzen dira.

* Jende askok parte hartzen badute baina batzuk delitua prestatzearen fasean gelditzen badira konspirazioagatik zigortuak izango dira baina aurrera jarraitu dutenak eta delitua azkenera arte burutu dutenak orduan delituagatik zigortuko dira baina ez konspirazioagatik (*non bis in idem*). Konspirazioagatik bakarrik zigortzen dira aurrera egin ez duten pertsonak

Legearekin bat datorren teoria bakarra "coautoria anticipada" da. Honen ondorioak honakoak izango dira:

* Bakarrik izango dira konspirazioaren ko-autore proiektatutako delitua burutzeko gaitasuna duten horiek.
* Delitua burutzeko erabakia firme eta konkretua izan behar du.

**2. PROPOSAMENA/PROPOSIZIOA**

Kp 17.2 artikuluak proposizioaren definizioa ematean dio "La proposición existe cuando el que a resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él".

Proposamenean, ekimena, iniziatiba pertsona batek du bakarrik. Pertsona horrek behin erabakita delitu bat egitea beste batei edo batzuei gonbidapena luzatzen die delitua egiteko. **Gonbidatzen den pertsona zein den ezagutzen da, hau da, badakigu nori ari garen delitu hori egiteko gonbidapena egiten.**

* Eragilea/indukzioa (KP 28.art): egiletzat hartzen dira baina induktoreak dira teknikoki euren parera baita beste batzuk delituak egitera bultzatzera.

Proposamena eta indukzioa oso gertu dauden figurak dira. Desberdintasuna:

* proposamena indukzio saiatua da.
* Indukzioz da pertsona batzuk delitu bat egitera bultzatzea. Indukzioa bakarrik zigortzen da delitua efektiboki burutzen denean, ez da saiakuntzan gelditzen baizik eta burutu egiten da.
  + Adibidez: la dulce neus. Familia baten historia: emakumeak erabaki zuen gizona hiltzea baina horretarako erabilitako bidea izan zen bere seme alabak induzitzea aita hiltzera eta azkenean hil egin duten beren aita eta beraz, indutzaile gisa kondenatua izan zen. Baina ez baluke lortu bere seme alabak konbentzitzea edo nahiz eta konbentzitu ez bazuten burutzen orduan ama proposamenagatik zigortuko litzateke.

**Delitua burutzen bada indukzioa da (emaitza lortu) eta delitua burutzera heltzen ez bada eta saiakuntzan geratzen bada (emaitza ez lortu) orduan proposamena izango litzateke.**

* Indukzioa delitua burutzen ez bada ezin da aplikatu. Induzioa saiatua bada ezin da zigortu..

**3. PROBOKAZIOA**

KP 18.artikuluan dio: "la provocación existe cuando directamente se incita por mdio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpretación de cualquier delito".

Probokazioan ere nolabaiteko gonbidapena dago. Elementu esanguratsuak kasu honetan honako hauek dira:

* **Pertsona multzo indefinitu bat bultzatzen**/sustaten da (gonbidapena baino gehiagoa da, indar gehiago duen portaera bat burutzen da).
* Proposamena egoteko pertsona bat edo gehiagori luzatzen zaio gonbidapena. Baina probokazioan pertsona multzo bat bultzatzen (incitar) da. Horrez gain bideak ere kontuan hartu behar dira; bide zehatz batzuk aurreikusten dira eta horien helburua pertsona askorengana heldu ahal izatea da (irratia, egunkaria…). Jende askorengana heltzea ahalbidetzen duten bideak.

Incitazio edo bultzapen hori jasotzen duten pertsonak **zehaztugabeak** dira. Proposamenean ordea zehaztuak dira. Probokazioan erabiltzen diren bideak kontuan izanik, incitatzen dituen pertsonak ez ditu ezagutzen, ez daki nori helduko zaion mezua.

**Apologia** orokorki KP 18.art biltzen da baina horren mota berezi bat KP 578.art jasotzen da (apologia al terrorismo)

* Apologia probokazio mota bat da batzuen difusio publikoa dagoelako, goraitzapen baten bitartez, eta zigortzekoa bakarrik izango da incitazio zuzen bat badago delitu bat burutzera.
  + Beraz, apologiak ezaugarritzat du: **delitu bat goraipatzea** edo delitu bat egin duen pertsona goraipatzea.
* Figura hauen elementua publikotasuna da. Publikoki egin behar dira jende askori mezua bidali ahal izateko (zehaztugabeko jendea). Adierazpen askatasunarekin lotu behar da.

**Probokazioak eta apologiak jende askorengana heltzeko helburua dute.**

Adibiderik argiena terrorismo delituen kasua izango da, izan ere hauek tipifikazio berezi bat dute, non goraitzapenarekin apologia dagoela kontsideratzen den.

Hiru delitu hauek aurreikuspen espresuaren arabera agertzen dira mugaturik. Saiakuntza eta burutzapena delitu guztiak izan behar dituzten faseak dira baina prestamen egintzak ez dira beti eman behar.

Prestamen ekintzak, kontsumiturik geratzen dira egikaritza fasea martxan jartzean, bere barnean, kontzeptzio printzipioa eta non bis in idem printzpioa direla eta. Prestamen ekintza horiek emanda ere, soilik legalki jasota dauden kasuetan izango dira zigorgarriak. KP espreski jasota egon behar dira eta bereziki delitu larrienetan daude jasota. Ondorioa beti izango da gradu bat edo bi gutxiagoko zigorra aplikatzea.

**13.3. SAIAKUNTZA**

Saiakuntza KP 16.artikuluan arautzen da. Beraz, kalifikazioa modu honetan formulatu behar da: tipo penala/16.

Saiakuntzak elementu ezberdinak ditu eta honako hauek dira elementu horiek:

1. **Egikaritza faseari hasiera eman izana (prestatze fasea alde batera utzita): ekintzari ekitea litzateke.**

Egikaritza hastearen barnean bi elementu ditugu, egikaritzen hasi eta emaitzara eramango luketen ekintza denak burutu, edo erdibidean geratzen direnak. Beti ere, delitu hori bukaerara arte eramateko doluarekin. Ñabardurak egin behar ditugu, KP 16 art aztertuz:

* 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

Barruko eta kanpoko faseak berezitu egiten ditu, argi eta garbi. Ondoren, emaitzik ez egote baina sortu ahal izateko beharra zehaztu egiten du. Borondatea eskatu egiten du, hau da, nahi bat eskatzen da.

* 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

Noiz esan dezakegu egikaritza faseari hasiera eman zaiola? Ez dago adostasunik egikaritza fasea noiz hasi den zehazteko, prestatzetik egikaritzera pasatzeko alegia.

Teoria ezberdinak prestatu dira delitua prestatze fasean dagoela eta egikaritza fasea ezberdintzeko:

* **Teoria objektiboa**: tipo penalak deskribatzen duen ekintzak hasten direnean, tipo penalaren deskribapenera mugaturik, deskribapenaren elementu bat agertzen denean. Ondasun juridikoaren aurkako arrisku gradua aztertu behar da.
  + **Arrisku gradua oso altua** bada, orduan **egikaritza fasea**n gaude: oso gertu egin bada urratua izatetik.
  + **Arrisku gradua baxua** bada, orduan **prestakuntza fasea**n gaude.
* **Teoria subjektiboa:** egilearen plana hartzen du erreferentziatzat, egileak bere planaren egikaritza hasten duenean kontsideratzen du, eta saiakuntzan geratutako delituetaz ariko ginateke. Egileak delitua nola burutu nahi duen, zein den hura burutzeko modua aztertu behar da.
  + Plan horretan eman beharreko **pauso asko** emanda badaude orduan **egikaritza fasea**n gaude.
  + Plan horren **lehenengo momentuan** bagaude orduan, **prestakuntza fasea**n gaude (lapurreta bat egiteko pistola bat erostea adibidez).
* **Teoria objektibo-subjektiboa**
  + Aurreko bi teorietatik elementuak hartzen dituen teoria da. Subjektu aktibo edo delitugilearen plana kontuan hartzeaz gain ondasun juridikoan jasandako arriskua ere kontuan hartzen du. Eta horrez gain zenbat pausu falta diren delitua burutzeko

Doktrina gehienak teoria eklektikoa hartzen du, objektiboa eta subjektiboa kontuan hartuz, hau da, elementu bat burutzen denean, baina ekintza hori modu neutralean aztertuta arriskugarritasunen bat aurkezten badu.

Teoria hauen inguruan ez dago erabateko adostasunik. Beraz, saiakuntzan egoteko egikaritza fasea hasita egon behar da, bestela prestatze ekintzetan egongo ginateke oraindik.

**2. Kontsumatzeko dolua edukitzea, hau da, delitu hori burutzeko dolua egotea.**

Burutzeko doloa egon behar da, ez dago beraz saiakuntzarik zuhurtzigabekeriazko delituetan (ez da zigortzen) arrazoi teknikoengatik. Doluz aritzen ez bada orduan ezin da zigortu.

* Ez dago beraz, zuhurtziagabekeriazko saiakuntzarik

Egikaritza fasea hasita egon behar da, eta ez da emaitzarik egongo, prestaketa fasea jada gainditurik egon beharko da, delitua egikaritzen hasi gara.

Nola frogatu daiteke hori? Indizioetan oinarritu behar gara (ditugun datuetan).

**3. Emaitza gertatu ez izana**.

Emaitza egongo balitz delitu burutu baten aurrean egongo ginateke.

Zer ostopatzen du emaitza lortzea? Zein da arrazoia berak lortu nahi duen helburua ez lortzeko?

**Bere borondatetik at dagozen arrazoiak izan behar dira saiakuntza izateko**

* Emaitza hori lortzea eragozten duen arrazoia bere borondatetik/delituegilearengandik at dauden arrazoiak dira. Egilearen borondatearekin zerikusirik ez duten arrazoiengatik.

Gaur egungo KP ez du bereizten tentatiba eta frustazioaren artean, eta horrela tentatibaren kontzeptua zabalagoa bilakatu da. KP 13.4.art bertan behera uztea.

Bere borondatean dauden arrazoiak:

* Arrazoi hauek ematen badira, bertan behera uztearen figuraren aurrean egongo ginateke (KP 16.2.art). Bertan behera uzteko (desistir) amankomuna zaien eskakizuna da egikaritza fasean borondatez ez jarraitzea. Doktrinan "borondatezko" kontzeptuaren inguruan eztabaidak izan baditu. Baina hortik bi eskakizun desberdin daude:
* Bukatutakoa bada, bertan behera uste hutsa ez da nahikoa izango. Pausu guztiak emanda, emaitza berak ekiditea da exijitu ahal zaiona.
* Bukatu barikoa bada, uztearekin nahikoa izango da, jarraitze ez izanarekin nahikoa da.

Orduraino gertatutakoak beste delitu bat osatzen badu delitu horrengatik zigortuko da, baina orduraino gertatutakoak beste delitu bat osatzen ez badu ez du zigorrik jasoko. Saiakuntza bat izango da emaitza gertatzen ez denean

* Saiakuntzagatik salbuetsia geldituko dira bere borondateagatik emaitza eragozten dutenak

**Bertan beheraren elementua** emaitza eragotzi izana da, hau da, delitua bertan behera usteko emaitza eragotzi behar da

* Bai hasitako delituan atzera eginez (bukatu gabekoa, atzera egitea nahikoa da, gertatzen zaizkion pausuak ez ematea emaitza gertatzeko) bai eta emaitza sortzea eragotziz ere (bukatutako saiakuntza, oso zaila da behin pausu guztiak emanda emaitza eragoztea, subjektuaren aldetik esfortzu gehiago suposatzen du).
* Bukatutako saiakuntzetan zailagoa da emaitza eragoztea

Emaitza eragoztean ez da berdina izango bukatutako saiakuntza baten markoan emaitza eragoztea edo bukatu gabeko saiakuntzaren markoan emaitza eragoztea

* Emaitza eragoztea zailagoa da saiakuntza amaitutakoa bada
* Emaitza eragoztea askoz ere errazagoa da saiakuntza ez amaituetan

Bertan behera usteko subjektuak delitua borondatez galaraztea eskatzen du. Korronte batek eskatzen du delitu bat egitetik atzera egitea eragozten duen arrazoia etikoa izatea

* Gizon bat emakume bat bortxatze nahian gona igotzen dio eta beltza dela konturatzen da eta arrazista denez, bertan behera uzten du bortxatzea
* Penalki zer errelebantzia izango luke? Korronte batek minimoa eskatzen du borondatea sexualki erasotzeko gaiatsunarekin parekatu behar dela, emaitza eragozten badu beste batek eragotzi barik borondatea dago
* Beste sektore batek bertan behera uztearen arrazoiari begiratzen dio eta kasu honetan ez luke bertan behera utziko bere ekintzak ez duelako erakusten zuzenbidearekiko errespeturik. Hauentzako baliozko arrazoi bakarrak etikoki arrazoitu daitezkeenak dira. Damutzearen irakurketa modernoa egiten dute

Saiakuntza bukatutakoa edo bukatu gabekoa izan daiteke

* Saiakuntza bukatuan gradu bat jaitsi behar da
* Bukatu gabeko saiakuntzan 2 gradu jaitsi behar da. Bukatu gabea da emaitza sortu ahal izateko pausoren bat falta denean.

KP teoria orokorrean desberdindu egiten ditu bakarkako eta taldekako delituak, azken hauetan esfortzua kontuan hartzen du.

* Bakarkakoetan nahikoa da gelditze edo ebitatzearekin
* Taldekoekin kontuan hartuko da serioki saiatu bada, nahikotzat jo daiteke, salbuespena ekiditeko. Ez dago erabat zure esku taldean, eta horregatik legegileak esfortzua hartu du kontuan, nahiz eta emaitza ekiditea lortu ez duen.

Bertatik kanpo geratzen diren delituak jarduera hutsezkoak dira, hauetan ez dagoelako emaitzarik, adibidez etxebizitza bat bortxatzea. Honen funtsa beraz, ikuspegi politiko-kriminala da, baina gero eta emaitza gehiago agertzen dira honen kontra. Estatuak delitu egileei ematen dien errekonpensa bat da, eta premio bezala salbuetsita geratzeak, kritika ugari jaso izan ditu.

Hala ere, edozein arrazoik ez du balio, bertan behera usteko. Banan-banan aztertu beharko genituzke kasuak jakiteko uste horrek zigorgarritasuna alde batera usteko. Gero eta garrantzi handiagoa eman zaio motiboei zigor zuzenbidean. Normalean kontuan hartuko da borondatezkoa, erabat libreki hartu dena, baina beste korronte batzuk etikoki aztertu izan dute hau.

**13.4. DELITU EZINEZKOA: SAIAKUNTZA EZEGOKIA (TENTATIVA INIDONEA)**

Saiakuntza guztien inguruan esan dezake ex post desegokiak direla burutzapenaren ikuspegitik.

Desberdindu ehar da delitua baloratzea ex post ikuspuntu batetik eta beste bat, ex ante perspektiba batetik. Ikusle objektiboak zer esango zuen?

Guri ex ante interesatzen zaigu, hau da, ekintza noraino heltzen den baino lehenago.

* Ikusle arruntaren ikuspegia jarraitu behar dugu.

Pistola bat erabiltzea orokorrean pertsona bat hiltzeko bide egokia da, beraz, saiakuntza ezegokia litzateke. Saiakuntza irreala izango litzateke pelutxe batekin pertsona bat hiltzea, izan ere, bide hori erabilita emaitza lortzea ezinezkoa da

**Saiakuntza ezegokia: Bai objektua, bai bide edo bai subjektu ezegokitasunagatik burutzapena lortzea ezinezkoa denean**

* Baina burutzapenera heltzea ezinezkoa den edo ez esateko ex ante jarritako ikusle arruntaren ikuspuntua hartu behar dugu kontuan. Aldez aurretiko perspektiba baten jarri behar gara

Saiakuntza ezegoki hau saiakuntza errealetik ezberdindu behar da.

* **Saiakuntza irreala**: emaitza sortarazteko inongo aukerarik ez daukan portaera da. Edozeinentzat ez ante perspektiba baten jarrita emaitza sortzea ezinezkoa denean ematen da. Saiakuntza mota hau ez da zigortzen.
  + Irrealean ez dago inongo arriskurik, ondasun juridikoak ez zeukan inolako arriskurik.
  + Adibidea budu panpina bat izango litzateke. Pertsona batek sinesten badu budu eginez pertsona bat hil egingo duela orduan saiakuntza irreala izango litzateke, superstizio hutsa delako. Ex ante jarritako ikusle arruntak horrela hil egingo ez zuela pentsatuko luke.

KP espainiarrean ez da zigortzen, objektiboki emaitzik lortuko ez luketelako, KP 16 art eskatu egiten duena.

Antzekoa baina desberdina da ez-egokia.

**Ez egokia:** Hau ez da guztiz irreala, izan ere objektiboki emaitza lor dezakete. Ez-egokia izan daiteke erabilitako bideagatik, edo baliabideengatik. Baina ez-egokitasuna kasu konkretuari dagokio, ez generikoki. Hori da kontuan hartu behar duguna a priori egokia den edo ez esateko.

Irrealtasunak kategoria osoari afektatzen dio, ez-egokitasunak berriz kasu konkretuari, akats konkretua baita. Honen atzean dagoen ideia arriskugarritasuna dago, irrealean ez dago inongo arriskurik ondasun juridikoekiko, eta ez-egokian bai, akats hori suertatu ez balitz.

**13.5. BURUTZEA ETA AGORTZEA**

Amaitutako saiakerak kontsumazioari ematen dio hasiera, tipo positiboak ezartzen dituen deskripzio guztiak burutzen direnean. Baina, honek ez dakar beti burutze edo agortze materiala, babestutako ondasun juridikoaren lesioari dagokionez.

Bereizketa nagusia arriskuko tipoetan dago, non legeak punigarritzat ezartzen duen ekintza delitua amaitu baino lehenagokoa den, saihesteko asmoz. Kasu guzti hauetan kontsumazioa eman egiten da delituak deskribaturiko ekintzak berak betetzerakoan, era formalean, delitua bera burutu baino lehen. Kontsumazioa beraz, kontzeptu formal bat da, tipo baten errealizazio formalari erreferentzia egiten diona.