



Roj: **SAP BI 3915/2001 - ECLI: ES:AP BI:2001:3915**

Id Cendoj: **48020370022001100869**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **25/10/2001**

Nº de Recurso: **8/1998**

Nº de Resolución: **176/2001**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MIREN NEKANE SAN MIGUEL BERGARECHE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA

BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA.

Sección 2ª REFUERZO

BARROETA ALDAMAR 10 2ª planta

Tfno.: 94(4016669)

Fax: 94-4016984

N.I.G.: 48.03.1-95/300638

ROLLO PENAL 8/98

O.Judicial Origen: 1ª Inst. e Instrucc. nº 2 (Gernika)

Procedimiento: PROCED.ABREVIADO 79/95

Contra: Lorenzo

Procurador/a: MONICA GALLEGRO CASTAÑIZA

Procurador/a:

176/01-R .EPAIA

Bilbon, bi mila eta bateko urriaren hogeitabosta

Presidentea:

NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE Andrea.

Magistratuak:

Mª VICTORIA OREA ALBARES And.

ALBERTO DE FRANCISCO LOPEZ Jn.

AUZITEGIA: Bizkaiko Probintzia Auzitegia. Bigaren Sekzioa

AUZI ZENBAKIA: 8/1.998 erroil.

JATORRIKO EPAITEGIA: Gernikako Instrukzioko 2.

DELITUA: Soldadutza betetzeari uko egitea.

NOREN AURKA: Lorenzo , 1.973.-uztailaren-29an Ondarrun jaioa,

Javier . eta Marisol semea, NUM000 N.A.duna, eta Ondarrun bizi dena, DIRECCION000 kaleko

NUM001 .- NUM002 .



Prokuradorea Gallego Anderea

Abokatua: Gainza jauna.

Akusaziaren alderdia: Ministerio Fiskala.

NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE Magistratu-Presidentea auzi honetako txostenlari da, eta Salaren iritzia agertzen du.

GERTAKARIAK

Ministerio Fiskalak, bere behin behineko ondorioetan zera agertzen du: Gertatutakoa ikusi eta Lorenzo jarrera aztertuta, soldadutza egiteko betebeharraren aurkako delitua burutu dela, eta hori Zigor Kodeko 604. artikuluan aurreikusita dagoenez, Lorenzo jauna delitu horren egilea izanik, enplegu eta kargu publikoetan aritzeko lau urterako inhabilitazioa ezarri behar zaiola, eta prozesu-kostoak ordaintzeko obligazioa ere.

Defentsa burutu duen abokatuak, izapide berean bere bezeroa den akusatuaren absoluzio osoa eskatzen du.

Epaiketa burutu ondoren, behin behineko ondorio horiek parte bakoitzak behin betirakotzat eman zituen.

FROGATUTAKO EGITATEAK

Frogatutzat ematen duguna hauxe da:

1996.ko udazkeneko zehaztu ez den egunean, Españaiko Defentsa Ministeritzatik Lorenzo eskutitza igorri zitzaion, non urte horretako azaroaren hamaseian Garellano koartelean aurkeztu behar zuela agintzen zitzaion.

Eskutitz hori jasoaz bat, Lorenzo jaunak bertan zetorren dokumentazio itzuli zuen, soldadutzari uko egiten ziola jakineraziz.

ZUZENBIDEKO OINARRIAK

LEHENA.- Españaiko Konstituzioaren 120.-3 art. eta Aginte Judizialaren Lege Organikoaren 248.-3. eta Judiziamendu Penalaren Legeko 142. artikuluen edukien arabera, Epaileok frogatutakoaren zergatia azaldu behar dugu ebazpen bakoitzean (Z.P.L. 741.-art.), nahiz eta kasu honetan hori zehazteko zailtasunik ez izan, akusazioa, defentsa eta akusatua erabat ados datozeneguz egitateen aurrean. Desadostasuna, hori interpretatzeko orduan dator, eta beraz, akusatuaren portaera horrek inolako ondoriorik izan behar duen aztertzerakoan.

BIGARRENA.- Zigor eskaera egiterakoan, Zigor Kodearen 604. artikuluan oinarritu da Ministerio Fiskala, eta tipo penal horren bidez, derrigorrezko soldadutza egitera deitua izan denak, bai ez aurkezterakoan, edo betebeharrak horri zehatz uko egiten diola azaltzerakoan, burutzen du delitua.

Aurrean dugun unea kontutan harturik, ezinbesteko egiten zaigu, Kode Zibilean ageri diren 3-3. art. zein 13-1.a gogora ekartzea, non errealitate soziala kontutan hartzeko deia egiten zaigun, arauak interpretatu eta aplikatzerakoan (arau penalak barne, noski), eta guztiz ezinbesteko erreferentzia behar da izan egoera aldakor honen aurrean.

Aipatutako egoera horri begirada bat eginez gero, honako datuok ateratzen dira (ezagun eta jakinak izan arren, azaldu beharrekoak):

A) Zigor Zuzenbideak helburu anitzak ditu, bai kontrolak ezartzearen aldetik, bai eskubide eta ondasun mota askoren babesle denetik. Honegatik, garbi eta modu egokian agertu behar du, arau bakoitzaren bidez babesten den ondasun juridiko hori, eta zein modutan eraso edo eta arriskatzen den babestu behar dena, bere kontrako jokaerak zigortzerakoan.

B) Orain aurrean dugun tipo penalarri dagokionez, honako gogoetak datozkigu: Españaiko Konstituzioak ez duela Indar Armatuak eratzeke modu berezi bat ezartzen bere oinarrien artean, ezta ere soldadutza modu zehatz baten aldeko aukerarik egiten. Hala onartzen da oro har, eta soldadutza prestazio personal baten erakusletzat hartzen den unetik, bai eskubide zein betebeharrak (30. art.) bezala aurreikusten da, orain arteko derrigortasuna guzti hori gauzatzeko modu bat izanik, baina beste aukera batzuren artean.

Auzitegi Konstituzionalak, 1991-III-14ko 60/1991. epaian azaldu zuenez, babestu beharreko ondasuna "zerbitzu militarren aurrean hiritarren betebeharra da, bere ordenua, disziplina eta Defentsa Nazionalaren funtzionamendu erregimena, indar armatuei konstituzioak hala gomendaturik...", hau da, eta Adituek diotenez, delitu honen bidez babesten den ondasun juridikoa, derrigorrezko soldadutza bera da, eta honen ondoren beste



obligazio militarrek. Baina ezin da ahaztu, babes hori soldadutza betearaziz emanen dela derrigorrezkoa den neurrian bakarrik. Aurreikuspen hori dela eta, zigor alorrean beste sail bateko arauen edukia hartu beharko dela beti kontuan, non "eskubide-betebeharra" aurrera eramateko modua zehazten den.

Derrigortasuna aukera bat izanik (beste batzuren artean, esan bezala) eman daitezke azken urteotako bilakaerak soldadutza arautzerakoan, hala 1984. eta 1991. ko legeen bidez. Bestalde, dagoeneko 1996-XII-20ko arteztarauak, eta ebazpen honi ez dagozkien beste gai batzuren artean, troparen pixkanakako profesionaltasun osora iritxi arteko asmoa agertzen du, deialdien bidez erreklutatzen diren gazteen kopurua desagertu arte: aurtengo abenduaren 31an derrigorrezko soldadutzari agur egiten zaio.

C) Guzti honekin lotuta, eta haseran agertzen zen aldi baterako egoeraren erakusle diren hainbat kontu izan behar ditugu gogoan: Batetik, Zigor Kodeko 604. eta 527. artikuluen desagertzearen alde azaldu direla hainbat Erakunde, tartean Parlamentariak ere, zentzunik ez baizaio ikusten ezer babestekorik ez duen zigorrak mantentzeari; bestetik, eta bertan dugun etorkizun honen aurrerapauso moduan, soldadutzara joatea erabaki zuten gazteen arteko azken zozketa dagoeneko eginga dagoela jakiteaz gain, joateko edo ordezkotza zerbitzua egiteko luzapenak (ikasketak edo beste egoera batzuetan direla eta) ez dira jada izapidetzen, bertan behera uzten ari baitira erakunde administratiboan aldetik. Horrez gain, zigorra emanez ezartzen diren epaiak bete gabe ari dira gelditzen (artxibo, indulto...ren bidez) behin behineko egoera arraro hau dela eta.

Hala, delitu tipoa derrigorrezko zerbait ez betetzea zigortzen bada, eta derrigortasun hori ez bada dagoeneko, ez du zentzu handirik zigor eskaera mantentzea ere.

HIRUGARRENA.- Salatariak legalidade printzipioa gogora ekarri digu bere zigor eskaera mantentzerakoan, eta delitu honen aurrean Auzitegi Gorenak eman dituen ebazpenei begiratzuz gero ere, honako hau agertzen zaigu: Batetik, legalidadearen oinarria gogora ekartzen digu Epai zein Auzitegiei. Printzipio honen arabera legegileari dagokio zein joko mota har daitezkeen delituetatik ezartzea eta delitu horientzat zigorrak zehaztea. Bestetik, hainbat epaietan lehen aipaturiko delituak osatzen dituzten elementuen interpretazioa egiterakoan, irakurketa hori "behartuz" absolutiora eraman duten ebazpenak agertzen zaizkigu (A.G. 2000-V-24ko epaia, non zentzu berean emandako beste batzuen aipamena egiten den: 2000-I-28; 2000-IV-6....). Halako jokabidea egoera jakin bat iragaitar dagoen guztietan eman izan da Epai eta Auzitegien ebazpenen edukiaren aldetik, ez bakarrik gizarteak hala eskatuta, legeak ere aurreikuspen hori arautzen duelako, lehen aipaturiko Kode Zibilarren 3.-3 eta 13-1. art. k gogoratzen diguten moduan.

Horrez gain, ahaztu ezinezko beste printzipioak ere hor ditugu: legearen aurrean hiritar guztien berdintasuna (E.K. 14. art. an) eta zigor arau bat, epe edo aldi baterako aplikatzea ez dirudi printzipio horrekin bat datorrenik. Arazo hau ez da oraingoa bakarrik, aspalditxo honetan ematen den egoerak larri xamar ikutzen du berdintasun hori: aurrena 7/1998. Lege Organikoak ekarri zuen aldaketaren ondorioak (jokabide bera eginez, denporaren poderioz oso ondorio ezberdinak jasan dituzte guzti honekin zerikusia duten hainbat gaztek), eta gero, iragarritako behin behinekotasun horren bidez, derrigorrezko soldadutza ezabatzerakoan, delitu hau mantenduz babesteko litzatekeen ondasun juridikoa ezerezean gelditu delako dagoeneko: Derrigortasun hori kentzea, arau administratiboan aldaketaz emanen dela, baina lehen aipatu dugun moduan, zigor araua, kasu honetan, beste alorretako arauak "elikatzeko" dela, eta oraingoa ere, jarrera berdinek, garaiaren arabera, ondorio ezberdinak ekarri dute.

Auzitegi Gorenako epai batzuetan, zigor kodearen 4.-3 artikuluen edukia erakartzen zaigu gogora, baina ez dirudi zentzuzkoa artikulua horretan ematen diren aukeratariko bat gauzatzea: Gobernuak soldadutza arautzen duen legea aldatzea erabaki duenean, 604. eta 527. art. aldaketa planteatzeak ez dirudi eraginkorra, nahiz eta artikulua horiek Zigor arloko printzipioei ez jarraitu, aldaketa pentsatuta dago eta; beste aukera aztertuta (indulto proposatzea), Podere Banaketa ezartzen duen konstituzio sistema batean indultoak dakartzan zalantzak ere hor dira: Epaiak legegileak interpretatu eta ondorioak gauzatu behar ditugu (E.K. 117.-3 art.); legegileak, hiritarrengandik jasotako mandatuen arabera egindako legeak, noski. Baina Gobernuak guzti hori ezerezean uzten du indultoaren bidez. Indulto, dena den, justizia zentzuak eta proportzionaltasunak eskatzen duen soluziobide bat moduan ikusten da, legearen aplikazio zorrotzak nahi ez diren, edo beharko ez liratekeen ondorioak dakarrenean, eta ezin zaio muzin egin beste dato bati: Insumisioaren kasuan, ez dira banakako indultoak eman, multzoka baino.

Guzti hau aztertutakoan, ez dirudi, ez legez kontrakoa, ez epaileon bete beharren aurkakoa halako kasu guztietan absolutioa ematea: gizartearen ematen diren gatazkak soluziobidean jartzeko, Zigor Zuzenbidea azkena behar duela ahaztu gabe, ahalik eta parte hartze urriena izanik bere oinarrietariko bat.

LAUGARRENA.- Hemen gertaturikoa aztertuz, alde batetik, zera dugu: Lorenzo soldadutzari uko egiterakoan, kontzientzia eta ideologia arrazoiak bultzatuta ihardun zuela, eta ezetz, besterik gabe, esan zuen une berean, zergatia galdetu beharra zegokion Erakunde Administratiboari, behar bezala eta dagozkion betebeharrak aurrera eraman ahal izateko. Galdetuz gero, emaniko arrazoen legalidadea ikusi (kontzientzia edo ideologia



arrazoia izanez gero) eta ordezeko zerbitzuaren txostena izapidetu eta gero, orain akusatua den honen jarrera aztertu eta ondorioak aterako ziren. Hala azaltzen da lehen aipaturiko epaietan, A.G.ren 2000-V-24an besteak beste.

Guzti hori ez egiterakoan, ezin da akusatua izan den delitu hori burutu denik mantendu, Administrazioari dagozkion betebeharrak ez direlako eman, eta hala, Lorenzo absolbitzeko beharrea aurkitzen gara.

Aipatutako artikulua horiez gain, aplikatu beharreko beste guztiak aztertu ondoren,

EPAITZA:

Lorenzo absolbitzen dugu, judizio honen kostuak ofizioski ordainduko izango direla deklaratu.

Ebazpen honen aurka kasazio errekurtoa aurkeztu ahal izango da, BOST EGUNEKO EPEAN, eta horretarako idazkia aurkeztu behar da Sala honetan bertan aipatutako errekurso hori iragarri.

Gure epai honen bidez, hori erabaki, afindu eta sinatzen dugu.- NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE.- M^a VICTORIA OREA ALBARES.- ALBERTO DE FRANCISCO LOPEZ.- Epaiaren egiaztapena erroiluari erantsiko zaio.

ARGITALPENA.- Magistratu txostenlariak aurreko epaia irakurri zuen entzunaldi publikoan.- Fede ematen dut.