



*Kode  
Penalaren  
azterketa  
generoaren  
ikuspuntutik*



**EMAKUNDE**  
EMAKUMEAREN EUSKAL ERAKUNDEA  
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Erakunde autonomiaduna

Organismo Autónomo del

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

---

*Kode*

*Penalaren*

*arzteketan*

*generoaren*

*ikuspuntutik*

EMAKUNDE/  
EMAKUMEAREN EUSKAL ERAKUNDEA

Vitoria-Gasteiz 1998

**IZENBURUA:**

**EGILEA:**

"Kode Penalaren azterketa generoaren ikuspuntutik"

EMAKUNDE/Emakumearen Euskal Erakundea. Manuel Iradier kalea, 36.  
01005 Vitoria-Gasteiz

**MAKETATZAILEA ETA  
KOORDINATZAILEA:**

Ana Rincón

**DATA:**

Abendua, 1998

**ALE ZENBAKIA:**

1.000

**DESKRIBATZAILEAK:**

Zuzebide penala, genero azterlanak, bortizkeria sexuala, jazarpen sexuala, infanti-  
zidioa, prostituzioa, elikatzeko beharra, alde historikoak, simposioak

Ana Badiola eta Isabel Madinabeitia

**IRUDI DISEINUA:**

M<sup>o</sup> José Gamboa

**ILUSTRATZAILEA:**

**FOTOMEKANIKA:**

Esda, S.A. Hurtado de Amézaga, 27. 48.008 Bilbao

**INPRIMAKETA:**

Gráficas Santamaría. Bekolarra, 4. 01010 Vitoria-Gasteiz

**ISBN:**

84-87595-74-X

**LEGE GORDAILUA:**

VI-617/98

## "KODE PENALAREN AZTERKETA GENEROAREN IKUSPUNTUTIK" IZENeko IHARDUNALDIAREN EGITARAUA

### Martxoak 6, osteguna

- 9.30 o. Dokumentazioa jaso
- 9.45 o. HASIERA  
José Antonio Ardanza Garro jaun txit gorena  
Eusko Jaurlaritzako lehendakaria.  
Txaro Arteaga Ansa andere txit argia  
Emakunde/Emakumearen Euskal Erakundeko zuzendaria.
- COORDINAZIOA: Itziar Fernandez Mendizabal adere txit argia  
Emakunde/Emakumearen Euskal Erakundeko idazkari nagusia.
- 10.00-11.00 o. GENEROZKO ZUZENBIDE PENALA, ZUZENBIDE PENAL BIKOITZA  
José Ignacio Lacasta Zabalza jauna  
Zaragozako Unibertsitateko Zuzenbidearen Filosofiako katedraduna.  
Elena Larrauri Pijoan anderea  
Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Fakultateko Zuzenbide penaleko irakasle titularra.
- 11.00-11.30 o. Solasaldia
- 11.30-12.00 o. Atsedena
- 12.00-12.45 o. ERASO SEXUALAK KODE PENAL BERRIAN: IRUDI KULTURALAK ETA DISKURTSO JURIDIKOA  
Adela Asua Batarrita anderea  
Euskal Herriko Unibertsitateko Zuzenbide penaleko katedraduna.
- 12.45-13.30 o. JAZARPEN SEXUALA  
Ángeles Rey Avilés anderea  
Pontevedrako abokatua.
- 13.30-14.00 o. Solasaldia
- 14.00 o. Bazkaria
- 15.00-15.45 o. AMATASUN IHARDETSIA: INFANTIZIDIOAREN INDARGABETZEA ETA ABORTUAREN ERREGULAZIOA EDO BALIOGABETZEA  
María José Virto Larruscain anderea  
Euskal Herriko Unibertsitateko Zuzenbide penaleko irakasle titularra.
- 15.45-16.30 o. EMAKUMEZKOEN PROSTITUZIOA ETA KONTROLA: HARREMAN EZTABAIDAGARRIA  
María Luisa Maqueda Abreu anderea  
Almeriako Unibertsitateko Zuzenbide penaleko katedraduna.

- 
- 16.30-17.00 o. Solasaldia
- 17.00-18.00 o. Jardunaldiaren balorazioa  
Hizlaria: Miren Ortubay Fuentes anderea  
Arartekoaren lege aholkularia.

### **Martxoak 7, ostirala**

- COORDINAZIOA: M<sup>o</sup> Jesús Conde Zabala andere txit argia  
Juztizi, Ekonomi, Lan eta Gizarte Segurantzza Saileko Giza Eskubideko zuzendaria.
- 9.30-10.15 o. EMAKUMEEN INTERESEN BABESARI BURUZ ZUZENBIDE PENALAR-  
REN ERAGINKORTASUNA EZBAIAN JARTZEA  
Encarna Bodelón González anderea  
Bartzelonako Unibertsitate Autonomoko Zuzenbidearen Filosofiako irak-  
kaslea.
- 10.15-10.45 o. Solasaldia
- 10.45-11.30 o. BORTIZKERIA ETA TRATU TXARRAK FAMILIAN  
Emilio Olabarría Muñoz jaun txit gorena  
Aginte Judizialaren Kontseilu Nagusiko batzordekidea.
- 11.30-12.00 o. Solasaldia
- 12.00-12.30 o. Atsedendia
- 12.30-13.15 o. EZKONTIDEAREN EDO/ETA SEME-ALABEN ALDEKO PRESTAZIO  
EKONOMIKOAK EZ ORDAINTZEA  
Mercedes Pérez Manzano anderea  
Madrileko Unibertsitate Autonomoko Zuzenbide penaleko irakasle titu-  
larra.
- 13.15-14.00 o. SEXUAN OINARRITUTAKO DISKRIMINAZIOA LEGERIA PENALEAN  
Patricia Laurenzo Copello anderea  
Malagako Unibertsitateko Zuzenbide penaleko irakasle titularra.
- 14.00-14.30 o. Solasaldia
- 14.30-15.00 o. Jardunaldiaren balorazioa  
Hizlaria: Miren Ortubay Fuentes  
Arartekoaren lege aholkularia.
- 15.00 o. JARDUNALDIAREN AMAIERA  
Ramón Jauregi Atondo jaun txit gorena  
Justizi, Ekonomi, Lan eta Gizarte Segurantzza sailburua.  
Txaro Arteaga Ansa andere txit argia  
Emakunde/Emakumearen Euskal Erakundeko zuzendaria.

---

## AURKIBIDEA

<b>AURKEZPENA</b> .....	9
<b>GENEROZKO ZUZENBIDE PENALA, ZUZENBIDE PENAL BIKOITZA</b> .....	11
ZUZENBIDEAREN ETA SISTEMA PENALAREN GENEROA ETA ANBIBALENTZIA .....	13
José Ignacio Lacasta Zabalza	
FEMINISMOA ETA KULTURANIZTASUNA .....	33
Elena Larrauri Pijoan	
<b>ERASO SEXUALAK KODE PENAL BERRIAN: IRUDI KULTURALAK ETA DISKURTSO JURIDIKOA</b> .....	45
Adela Asua Batarrita	
<b>JAZARPEN SEXUALA</b> .....	101
Ángeles Rey Avilés	
<b>AMATASUN IHARDETSIA: INFANTIZIDIOAREN INDARGABETZEA ETA ABORTUAREN ERREGULAZIOA EDO BALIOGABETZEA</b> .....	113
María José Virto Larruscain	
<b>EMAKUMEZKOEN PROSTITUZIOA ETA KONTROLA: HARREMAN EZTABAIDAGARRIA</b> .....	157
María Luisa Maqueda Abreu	

---

<b>EMAKUMEEN INTERESEN BABESARI BURUZ ZUZENBIDE PENALAREN ERAGINKORTASUNA EZBAIAN JARTZEA</b> .....	179
Encarna Bodelón González	
<b>BORTIZKERIA ETA TRATU TXARRAK FAMILIAN</b> .....	197
Emilio Olabarría Muñoz	
<b>EZKONTIDEAREN EDO/ETA SEME-ALABEN ALDEKO PRESTAZIO EKONOMIKOAK EZ ORDAINTZEA</b> .....	211
Mercedes Pérez Manzano	
<b>SEXUAN OINARRITUTAKO DISKRIMINAZIOA LEGERIA PENALEAN</b> .....	235
Patricia Laurenzo Copello	
<b>ASKATASUN SEXUALAREN BABES PENALA: IKUSPEGI BERRIAK</b> .....	255
Miren Ortubay Fuentes	

## *Aurkezpena*

Kode Penalaren indarrean jarri zenez geroztik urte bete inguru iraganik, interesgarriztat jo zen gizartearen elkarbizitzaren printzipio eta balore oinarritzakoak babestu behar dituen araudia martxan jartzeak gizartearen duen eraginaz gogoeta egitea, izan ere komunitate baten elkarbizitza ukitzen du, txikienetik hasita, adibidez familiaratik (elkarbizitzako unitatea) herrialde baten egiturara arte.

Asko idatzi da Kode honen inguruan, indarrean sartu aurretik itxaropen handia sortu baitzuen gizartearen esparru guztietan, araudi penal zaharkitu bat ordeztu zuelako, zeina, aldaketa batzuk izan bazituen ere, funtsean joan den mendekoa baitzen, eta hura aldatu eta gaurko garaletara egokitu beharra ukazina zen sektore guztientzat.

"Demokraziako Kode Penalaren" deitua izan denaren helburua Kode Penalaren gaurko garaletara eta nagusi diren balore sozialera egokitzea izan da, ahaleginak eginez eskuhartze minimoaren eta gero eta konplexuagoa den gizarte batean babes-behar gero eta handiagoen arteko kontraesanari aurre egiteko, delikuentzia mota berriak zuhertasunez bilduz, baina, aldi berean, jada zentzurik gabe gelditu diren delitu figurak baztertuz, araudi horren Zioen Azalpenean berean adierazten den bezala.

Beraz, Kode Penal berria dugu aurrean, eta aurrerapenak izan direla aitortu arren, badakigu jakin, ez dela espero zitekeen bezain ona, urteetan izandako hainbeste azterlan, proiektu, aurreproiektu, proposamen eta kongresuren ostean, eta arrazoi horregatik kritikatu izan da Zuzenbidearekin loturiko eremu desberdinetatik, besteak beste, Kodearen aplikazioan sor daitezkeen arazo teknikoengatik. Hala eta guztiz ere, pentsatzekoa da onuragarria izan daitekeela gaur egungo arazo penalei aurre egiteko.

Alde horretatik, eta Jardunaldi honetan aztertzen diren delitu konkretuei dagokienez, berrikuntza gisa honako hauek azpimarra ditzakegu: berriz arautu dira askatasun sexualaren kontrako delituak, Kode honetan xehetasun gehiagoz zehazten direnak, eta kendu egin da aspalditik datorren terminologia, hala nola bortxaketa, estuproa edo bahiketa; Kodean jazarpen sexuala sartu da; etxeko tratu txarrak nozitzen dituzten biktimen taldean ezkontide edo bizilagunaren gurasoak eta seme-alabak sartu dira, eta delitutzat hartzen dira ohiko tratu txar larriak; ezkontide edo/eta seme-alabentzako prestazio ekonomikoak ez ordaintzea delitutzat hartu ahal izateko ordaindu gabe utzitakoen kopurua jaitsi egin da. Berrikuntza horiek positiboak eta txalogarriak dira, gizarteak eginiko eskaerari erantzuten dioten neurrian, eta argitalpen honetan zehar horiei buruzko argitasunak eta ñabardurak azaltzen dituzte jardunaldi hauetako txosten egileek.

Kontuan hartu behar da, Kode Penalaren arabera, emakumeak historian zehar babestu beharreko subjektuak direla, eta horrek gizonezkoena ez bezalako kontrola eratu du, hau da, emakumeen eta gizonen portaeren interpretazio penala ezberdina izan da. Horren haritik, Kode Penalaren Zioen Azalpenean berean, egoera diskriminatzaileen aurreko babes neurriak aipatzen direnean, aitortzen da ezen, askatasun sexualaren kontrako delituen erregulazio zaharrean, emakumearen ohorea babestu beharraren aitzakipean, jasanezineko bi-degabekeria ezkutatzen zela, eta oraingo honetan hori zuzendu nahi da. Gai hau izanik Jardunaldi hauen abiapuntua, galdegin daiteke zer dela-eta Zuzenbide penalak zergatik segitzen duen indartzen emakumeek eta gizonak gizarte honetan jokatzen dituzten ohiko rolak, horien banaketa generoaren arabera egotzi zaizkien gaitasun eta ezaugarrietan oinarritzen denean.

Eta hain zuzen ere, ikuspegi horretatik dute garrantzia Jardunaldi hauek; bada, Kode Penala ikuspegi desberdinetatik aztertu badute ere, egokia dirudi horretaz generoaren ikuspegitik gogoeta sakon bat egitea, emakumeak gizartearen barruan berdintasun gabeko egoera estruktural batean daudelako oraindik ere. Azken buruan, ez da aiantzi behar, eta Kode Penalak ere horri ez dio itzuri egin behar, menpekotasun ekonomikoa, rolen eta egin-kizunen banaketa (esparru pribatua zein publikoan), aipatu berdintasun ezaren sustrai sakonak direla eta horiek eragiten dutela emakumeak gaur egun ere menpekoak bezala hartu izatea eta estereotipo sexualak mantentzea.

Azaldutakoaren aurrean eta Zuzenbideko profesionalen artean gogoeta egiteko tresna gisa, Emakundek Kode Penalaren azterketa generoaren ikuspuntutik aztertzeko Jardunaldiak antolatu zituen. Jardunaldi haien edukia argitalpen honetan bildu da eta espero dugu lagungarri izatea gaurko arazoak hobeki ezagutzeko eta aurrera egiteko hala arauen esparruan nola aplikazio praktikoan, beti ere, aukera berdintasunaren eta emakumeen eta gizonen arteko berdintasunaren ikuspegitik.



Txaro Arteaga Ansa  
EMAKUNDE/Emakumearen Euskal  
Erakundeko zuzendaria

---

*Generozko  
Luzenbide*

*penala,*

*Luzenbide*

*penal bikoitza*

---

**JOSÉ IGNACIO LACASTA  
ZABALZA**

**Zaragozako Unibertsitateko  
Zuzenbidearen Filosofiako  
katedraduna**

*Zuzenbidearen  
eta sistema  
penalaren  
generoa eta  
anbibalentzia*

José Guallart y López de Goicoechea, Zaragozako Unibertsitateko Zuzenbide Penaleko katedradun jaunari, eskerrak emanez, erakutsi didalako Beccariaren ideietatik hasita eta bizi osorako, tortura eta heriotz zigorra ez direla sekulan eta salbuespenik bat ere gabe "balia-garriak ez eta beharrezkoak" izaten.

José Cerezo Mir jaunari, Zaragozako Zuzenbide penaleko katedra uztean agur esanez eta omenaldi gisa, unibertsitateko lanbideari, irakaspen etiko eta iraunkorraren bidez, lan eginez duintasuna nola eman irakatsi digulako.

---

“Horregatik, azalpen jasoenetako batean —Sofoklesen *Antígona*— pietatean agertarazi da, batez ere, emakumearen legea, sustantzialtasun subjektibo sentsiblearen legea, oraindik erabat gauzatu ez den barnekotasunarena, behialako eta lurpeko Jainkoen legea, noiz agertu zen inortxok ere ez dakiena, betierekoa, ageriko legeari, estatuko legeari, kontrajartzen zaiona. Kontrajarren hori goreneko kontrajarren etikoa da eta horrexegatik tragi-koena, eta bertan indibidualizatzen dira femeninotasuna eta gizontasuna.” G.W.F. HEGEL, *Zuzenbidearen Filosofiako printzipioak*, 166. or.

## 1.

# *Emakumea eta boterea: aurretiaz jakiteko non diren eta non garen*

### 1.1

Azalpen honen helburua aztertu baino lehen, zeina laburbilduz muga daiteke erabakitzea ea Zuzenbide penala genero-zuzenbide bat den ala ez, beharrezkoa da oinarritzko gai batzuk gogora ekartzea.

Lehenik eta behin, eta Boterearen ikuspuntutik, Zuzenbidea ez da Botere politikoaren erakuntzako parterik garrantzitsuena (Lacasta-Zabalza, 1994-95). Eta Zuzenbide penala ere ez da sistema juridikoan gehien nabarmentzen den elementua (bere izaeragatik —egun krisian dagoena, bestalde, eta ez prezeski krisi positiboan— zatikatua, eta askatasunen eta antolamendu osoaren azken ratioa eta babesa).

Gainera, Boterea sobera ibiltzen da Zuzenbide penalaren mugaz bestaldera; eta hori derri gorrean bete beharrean aurkitzen denean ere, era negatiboan eta gogoz kontrara erre-akzionatzen du, GALen afera dela eta azkeneko Gobernuak erakutsi duten bezala (PSOE izan nahiz PP, exekutiboaren agintean zegoena).

Beste alde batetik, emakumeek bortizkeria edo diskriminazio egoera nabarmenak nozitzen dituzte, Zuzenbide penalera igarotzen ez direnak. Gerrak direla edo erlijioak direla eta

---

sortzen diren proposamen moralen egiazko biktimak emakumeak izaten dira, eta sufrimena gehitu besterik ez zaie egiten.

Bestalde, behar diren salbuespenak egin beharko dira Botere kontzeptuari berari dagokionez. Hemen ez dugu zentzu negatibo hutsean ulertuko marxismoan ohikoa den bezala (adibidez, errepresioa); baizik eta zentzu fokualtarian, bai eta jokabideen prozesu tajutzailerik eta jakintzen finkatzaile gisa, zeinek erakusten baitigute, esate baterako, emakume bat zer den eta zer espero dugun hartaz haren portaera sozialean, pribatuan eta publikoan). Gogoeta honekin batera garrantzizkoa da Nietzscheren (eta Foucault beraren) ondotik, jakitea zer garrantzia duen botereak, horrela pluralean, badaudela ulertzea. Boterea zentzu makrofisikoan eta botereak aldagai mikrofisikoetan, saihestu ezinako begiradak dira egungo gizartearen konplexutasuna ulertzeko (Lacasta-Zabalza, 1994-95). Izan ere, botere praxi bat dago borondate batek beste bat menderatzen duenean, eskola bateko geletatik etxebizitza bateko pasilora. Bestela, ez zen posible izango teorikoki oso zibilizatuak diren Holandako gizarteko familietan eta ezkontideen artean sortzen diren hainbeste tratatu txar, jazarpen eta bortxaketek jabetzea (Beijerse eta Kool, 1994).

Hori esan ondotik, aurreneko baieztapen bat egingo dugu gogor samarra bada ere: emakumeak gaur egun askoz ere presentzia handiagoa du gure gizarte zibileko bizitza publikoan duela hogeitahi edo hogeitahi hamar urte baino. Eta hori hala bada ere, emakumeak hagitik urrun daude oraindik "botere publikoaren" maila inportanteetara iristeko (botere politiko eta gobernuarena ulertuta batik bat).

## 1.2

Bizi dugun garaiko errealitate sozialean kokatzeko zer hoberik gogoeta egitea baino, gogoeta zorrotza, gutxi batzuk bakarrik egin dezaketen modukoa eta edozeini pentsarazten diona, hain zuzen ere, Celia Suayk *Abolizionismoa eta feminismoa* (Suay, 1995) gaiari buruz esan zuena da; eta proposamen hori komentatu da hemen azpimarratzea:

"Mugimendu feminista ez da unibertsitateetan sortu. Emakumeok izan ditugu eta baditugu zailtasun ikaragarriak botere publikoaren zentroetara iristeko. Batzuek esaten dutenez iristen baldin bagara, seinalea izango da toki hark bere garrantzi soziala galdu duela. Feminismoa behetik sortu da, gatazkatik eta horrek markatzen du zeharo. Baina horrexegatik beragatik adierazten diren sentimenduen indarra dauka; batzuetan gehiegi".

---

Ohar gaitezen Celia Suayk esaten duenaz: "iristen baldin bagara, seinale toki hark bere garrantzi soziala galdu duela".

Eta izan ere halaxe da, duela hogeit-hogeita hamar bat urte (hau azaltzen duena Zuzenbideko ikasketak egiten ari zenean) ez zegoen ia emakumezko penalistik, kriminologorik ez eta zuzenbideko irakaslerik, salbuespenak salbuespen.

Gaur egun gai hauetan eta besteetan emakumezko irakasleak izatea aurrerapauso bat da eta gizartean eta ikasketa juridikoetan indar handiagorekin gertatzen denaren islada xume bat da. Baina lehengo katedradun batek gaurko batek baino askozaz ere botere handiagoa zuen (eta ordezkaritza ahalmen handiagoa) gizarte osoaren aurrean. Gaur egun (eta uler bedi argudio hau, ez aldi joanen oroitza penalen kontratu bat edo zikoizkeria soziala edo elkartasunaren kontrako ideia bat balitz bezala, ezin onartuzko proportzioa duen langabekia dagoen egoera batean), gure soldata ere ezin daiteke zentroko edo periferiako goi edo erdi mailako kargu politiko eta administratiboak kobratzen dutenarekin alderatu, eta are gutxiago prestakuntza unibertsitarioa beretsua duten pertsonen enpresa pribatuetan kobratzen dutenarekin. Baina batez ere, gaur egun katedradun batek botere publikoari dagokionez ez du lehen zuen ordezkotza indarra (pentsa, bestela, iragan aldietan zenbat ministro izan ziren katedratiko izandakoak).

Eta bitartean, emakumeek segitzen dute gizonek baino gutxiago kobratzen lan berdina edo antzekoak izan arren; eta "ikustezinak" izaten segitzen dute bizitza publikoko hainbat alderditan, Elena Larraurik ederki asko azaldu duen bezala (Larrauri, 1995).

Eta Suay irakasleak ere zuzenki iradoki du: bada, gaur egun emakume franko badira punta-puntako irakasle eta legegari, beren ahaleginagatik izan da, noski. Baina, baita ere, lanbide horiek boterearen aldetik ez dutelako lehen zuten garrantzia. Eta hemen bat gatoz, ia erabat, Celia Suayk esandakoarekin.

Xehetasun bat besterik ez Celia Suayk adierazitakoari feminismoaren baitan dagoen "emotibotasun gehiegizkoa" aipatzen duenean. Teologoek ongi dakiten bezala (legelariak beraien baino eskarmentu gehiago baitute), "gogo bizirik gabe ez dago deus ikasterik". Eta, feminismoak gaintu izan baditu lehenenbiziko muga apalak, sufragistek beren borrokan jarri zuten gogo biziagatik izan da edo eremu latineko emakumeek, hirurogeiko hamarkadan hasita, gogor saiatu zirelako legeria zibila eta positiboa gaizki ulertutako erlijioetik beheratzen, haien gorputzak eta arimak kontrolatzeko modu sozial bat baizik ez baitzen.

## 2.

# *Generoa: jarraera metodologiko bat*

### 2.1

Generoaren kontzeptu metodologikoa eta horren aplikazioa Zuzenbidearen munduan edo esparruan —zentzu soziologikoan— emankorra den ala ez, norabide metodologiko horrekin egiten diren ikerketek esan beharko digute. Dena den, iritzi bat aurrera daiteke: proiektu metodologiko hori positiboa dela baina neurritz gainera erabiltzen bada (batez ere emakumeari dagozkion eraldaketen ikuspegi historikoan), bere mugak dituela.

Eta hemen Generoaren teoria esaten denean (eta honetan Encarna Bodelón, Elena Larrauri eta Carol Smartek esandakoari jarraitzen diot, nahiz eta argi gelditu denek iritzi bakarra eta bateratua ez dutela), esan nahi da:

“gizonen eta emakumeen arteko diferentziak, nozio kontrajarriak bezala azaltzen direnak, ez dute zerikusirik sexu bakoitzaren izaera biologiko edo sozialarekin, baizik eta eraikuntza sozialerako prozesuen emaitza dira, zeinen bitartez esleitzen baitira sinbolikoki kultura bakoitzak bere gizon eta emakumeei egozten dizkien itzaropide eta baloreak” (Bergalli eta Bodelón, 1992).

Eta hemen sartzen da Zuzenbidea, sakontze antropologiko horren eskutik. Zuzenbidea izango litzateke Generoa eraikitze prozesuaren zerbitzuko estrategia bat. Zuzenbidea, aldaera maskulinoenean edo hobeki “neutralenean”, tramankulu bat izango litzateke ezinbestean gizonei mesede eta emakumeei kalte egiten dietena.

Edo, ñabardura gehiagorekin adierazteko, Zuzenbidearen —eta Zuzenbide penalaren— aurkezpen gutuna, zerbait “neutrala”, inpartziala edo objektiboa bailitzan, zenbaitetan (eta ez gutxitan) ikuspegi “subjektibo maskulinoa” baizik ez dena mozorrotzeko modu bat da (Larrauri, 1995).

Carol Smartek dioenez, Zuzenbide sexista eta Zuzenbide maskulinoa gainditzeak, feminismoaren filosofia juridikoaren lehenengo bi etapetan, “Zuzenbidea Generoduna da” esaldian oinarritzen den azterlan eta kritika programa batera garamatza. Esan nahi da, dagoeneko ez dela alde aurreko kategoria bat behar, sexua Zuzenbidearen bitartez finkatzen duena eta gizona/emakumea binomioan zatitzen duena; dagoeneko ez dago zertan sos-

---

tengatu epaile eta abokatu gehienak gizonezkoak direla, aitzitik, generoaren metodologia honen aldetik zerbait iradokor eta zuhurragoa espero da. Zuzenbidearen aldetik genero sorkuntza etengabeari erantzungo dion zerbait, bai eta galdera honi ere: nola funtzionatzen du generoak zuzenbidearen barnean eta nola funtzionatzen du zuzenbideak genero sorkuntzan?” (Smart, 1994).

Legea betearazten duen agentea gizonezkoa bada eta araua nabarmen sexista baldin bada, arazo honen gainean *ça va de soit* maskulinitasun diskriminatzailearen diagnostikotan. Baina, epailea emakumezkoa baldin bada eta Zuzenbideak —neutrala eta kasu horretan irekia— hitz egiten badigu “askatasun sexuala” bezalako kategoria hain inpersonalez eta egoera batzuetan hain komenigarriez?

Generoaren teoriak arazo honetan makina bat argitasun eman dezake. Alde horretatik, Kode Penal espainiar berriak bere VIII. Tituluan instituzionalizatu du “Askatasun sexualaren kontrako delituen” zigorra. Eta 178. artikulua honelako modu adierazkorrean hasten da: “Beste pertsona baten askatasun sexualari erasotzen dionak...”. Kodeak, beraz, “pertsona” hitza darabil, sexua bereizi gabe, eta gizonen eta emakumeen “askatasun sexuala”.

Feminista batzuek esan dute definizio neutro horiek, hala nola “askatasun sexuala” esamoldeak, iluntzen edo ahultzen dutela bortxaketa bat genero batek (maskulinoak) beste baten kontra egiten duen delitua dela. Eta oroitarazi da, halaber, emakumeek ez dutela bortxatzen (Larrauri, 1994 eta 1995). Baina behar bada ez da aipatu Espainiako kartzeletan taldeka ari diren gizonen bortxatu egiten dituztela babesik ez duten beste gizonak eta horrek behin baino gehiagotan biktima bere buruaz beste egitera eraman duela. Horiek horrela, ondoriozta daiteke kategoria horiek “neutroak” eta “liberalak” bezain abstraktoak izan arren (“askatasun sexuala” horien artean) balio dezaketela, generoaren nolabaiteko autonomiaz, gizaki batzuek beste batzuen aurka eginiko eraso onartezinak zigortzeko.

Horregatik, generoarekin batera, hitzaldi honetan azpimarratzen dugu Zuzenbide penalarren zehaztasun eza, asmo benetan inpartzialetarako balio dezakeelako (espetxeratu baten bortxaketa zigortzeko) eta aldi berean, lausotzen duelako gizonezkoek emakumezkoen kontra burutzen dituzten ekintzen egunerokotasuna.

Hala ere Generoak franko poliki esplika dezake, urrunago joan gabe 1997an, nola Bartzelonako Ana Ingelmo magistratuaren iritziz (“El Mundo”, 1997-2-13) emakume baten bortxaketa haren senarrak eginez gero ez dela horren larria, bada: “Familiakoen artean egiten den delitua arrotzen artean egindakoa baino arinagoa izango da”. Zergatik, eta ondoren datorrenegatik:

“biktimaren pairamendu psikikoa hagitzez gogorragoa da ezezagun batek erasotzen dionean, ezen ez askatasun sexuala errespetatzen ez diona senarra denean, zeinekin sexu harremanak luzaroan eta adostasunez izan baititu”.

Hemen agertzen dira juspentalismo atzerakoi espainiarrak eta haren sostengu zen gizontasunezko moralak mantentzen zuten “zentzabidezko” mentalitate zaharraren aztarnak. Etxeko gizonari familiaren disziplina mantentzeko eskumenak ematen zizkion mentalitatea. “Emakumeak eta umeak” parekatzen zituen (zeinek lortu behar baitzuten babes juridiko “aurrenekoa” edo lehentasunezkoa, arau penala filmeko sufragio baten aurrean bailegoen). Logikoki, “arloan pribatua publikoa da” atera zuena, pentsamendu feministaren eta emakumeen eskubideen bidezko errebindikazioa bezala.

Frankismoaren etika, lehentasuna arlo maskulinoari ematen ziona, ez zen akitzen legeria penalean eta Teresa Picontók (Picontó, 1996, 62 eta 63. orr.) Castán Tobeñas legelariaren ideiei egin zizkion kritikan frogatu duenez, frankismoko familiaren antolamendua itxia eta “paterfamilias-ek” hierarkizatua zen eta nazionalkatolizismoan erroturiko “ezkontzaren haustezintasuna” zalantzan jartzea inola ere ez zuen onartzen.

Eta Ingelmo emakumezko magistratua ere berak baloretzat jotzen duen “ezkontzaren loturaren” defendatzaile desegoki bihurtu da. Magistratu horrentzat “gizonak ez zuen banantzea onartzen” eta “akusatuarentzat artean ere bere emaztea zen”. Makurragoa da oraindik magistratu horrentzat “ahaidetasuna” ez izatea “irizpide zurruna” eta “zirkunstantzia astungarri” bezala aplikatzeari uko egitea, Kode Penalak “askatasun sexualaren” aurkako erasoan arloan xedatzen duenaren kontrara, hain justu.

Zer esango liguke Generoaren metodologiak gai honetaz? Seguraski konbentzitzeko moduko argudioak: lege aldaketan gainerik, delitu sexualen “neutraltasuna” defendatzearen, hemen eta orain kaltetuena emakumea dela; kasu honetan magistratua emakumezkoa izan arren, Generoaren produkzio prozesuak, hark Zuzenbideaz egin duen interpretazioaren baldintzapean, eman duen ondorioa da emakume erasotzuarentzako erabateko tratu desfavoragarria izan dela; ezkutuan bada ere, emakumeentzako etika arrunt atzerakoiak irauten duela Zuzenbidearen interpretazio eta aplikazioaren esparruan, behin eta berriro erreproduzitzen duelarik subjektuen sailkapen nagusia, Generoaren bidez burutzen dena, eta Zuzenbidearen maskulinitasun latz hori berritzen duena, etab.

Hori horrela, baina kontrapisu orekatzaile baten eraginez mahai gainean jar daitezke gutxienez aurrekoak bezain argigarriak diren beste gai batzuk: ea Ingelmo magistratuaren sententzia hura erregela den ala salbuespena gure jurisprudentzian; ea Kode Penal berriak

mesede ala kalte egiten duen, ala era desegokian “neutrotzat” jo daitekeen, ikusiz emakumeak “askatasun sexualaren” esparruan diskriminatua segitzen duela; ea, sexuaren arloan berrikuntza positiborik izanez gero, hori arau penalei zor zaien ala ez... Eta hainbeste eta hainbeste gogoeta, denak faktikoa eta normatiboa kontrajartzen dituen ikuspegitik formula-tuak, behar-beharrezkoa den soziologia juridikoaren barrenean; esan nahi baita, gertakizunek (kantitatez eta kalitatez) esaten digutela nola diharduen mundu juridikoak eta, azken finean, positiboa den ala ez (eta zein neurritan) emakumeentzat lege penal berria eta haren praktika efektiboa.

## **2.2**

### **ZUZENBIDEAK, GENEROA ERATZERAKOAN, DITUEN ALDE ONAK ETA ARAZOAK**

Teoria honek duen abantaila da ez duela jarrera materialista bat hartzen Zuzenbidearen aurrean, hau da, itzuri egiten diola Zuzenbidea eta arau penalak harreman sozio-ekonomikoen emaitza hutsa bezala hartzeari eta harreman horien bidez —materialismo horren arabera— ia dena esplikatzeari.

Jarrera intelektual hau ez da hain inozoa arau juridikoek egiaz dagoen gauzen ordena emakumeen onerako berez aldatzen dutela sinisteko. Ez du uste “aurrerazale” deitzen diren arau horiek, juridikoki berdinkideak direlako soilik, “diskriminazio sexuala” desegin edo gainditu dutenik (Smart, 1994).

Jarrera feminista horrek ongi daki Zuzenbide penalean oso irristakorra eta porroa dela kasu batzuk zehaztu eta mugatzea, esate baterako “jazarpen sexuala”; eta orobat, “etxeko bortizkeriak” oztopoak jartzen dituenean emakumeen kontra praktikatzan den “bortizkeria psikikoaren” egunerokotasuna erakusterakoan (Larrauri, 1995). Hala ere, agertarazi behar da dogmatika penalean diren egile jantzi eta aurreratuenen artean, demagun Luis Gracia eta Díez Ripollés (Díez Ripollés-Gracia Martín, 1997, I. liburukia, 424-425. orr.), ohartu direla Kode Penalean, “tratu txarrei” buruzko 143. artikuluan, ondasun juridiko babestuan sartzen dela —honela dio Luis Graciak— “gizakiaren alderdi bikoitza, fisikoa eta adimenekoa, obra horretan Díez Ripollés-ek zehaztu duen zentzuan, eta delitu hori suertatzen den kasuan ez dela beharrezkoa lesio fisiko frogagarriak gerta daitezen.

---

Epistemologiaren aldetik, eta Generoaren filosofia juridikora itzuliz, esan behar da Foucault-ek uste zuenari hurbiltzen zaiola, forma juridikoen bitartez egia mota bat ezartzearen gaitasunari dagokionez (Foucault, 1986). Nolanahi ere den, ezagutza juridikoaren teoria edo epistemologia nabariki konstruktibistaren kualitatez hornitua dago, irudipen handiko zehaztasunez ondoko puntuetan adierazten den bezala (Martínez, 1992, 33-37 orr.):

A) "Zuzenbideak indar handiko gaitasuna du errealitatea zehazteko, moldatzeko (...). Zuzenbideak errealitatea mugatzeko boterea dauka eta erabakitzen du gauzek nolakoak izan behar duten eta nolakoak diren. Zuzenbideak erabakitzen du zein den beretzat balio duen errealitatea, juridikoki zer dagoen eta zer ez. Zuzenbidea ez da gai balizko errealitate kaotiko batean jarduteko eta errealitate single eta uniboko bat asmatzeko premia bizia du, itxura hutsezko errealitate bat bere beharretara egokitua".

Errealitate juridikoa ez da faltsua, konbentzionala baino edo, hobeki esateko, errealitatearen esfera bitxi bat. Izan ere, giza ezagutzaren zoko sakonenetan:

B) "Arlo juridikoa eta juridikoz kanpokoak pentsatu behar dira itzulpen libre eta elkarloturazko baten erlazioan. Errealitate juridikoa, beraz, asmatutako errealitatea da, eta zuzenbidea sortu eta aplikatzen deneko errealitatea ere zuzenbidearen beraren asmakizun bat da. Zuzenbidea zer ez den ikusteko modu bat da, baina garrantzi juridikoa dauka".

Genero filosofiaren talaiak badu ahaidetasunik Martín Graciak azaldutako irudipen juridiko horrekin, nahiz eta, itxuraz garrantzi akademiko handiagokoak diren beste filosofiekin kezkatuta egonik (sistemen teoria, Rawls, egungo kontraktualismo sozialaren "adimen fabulazalea", etab.), tamalez ez duen arretarik jarri Generoarena bezalako irudipen handiko filosofia konstruktibista honetan. Bistan da, gure artean feminismoa —eta hori gure kulturen ahultasuna erakusten du— ez dela "juridikoki zuzena" den munduan sartzen. Eta, feminismo horren kontrako kritika zorrotzenak ez datoz etika "unibertsalista" batetik, zeinek Generoa aurkezten duen —eta aurretik izan diren intelektualak— jarrera "agoniko" baten partaide bezala, bateraezina —edo baterakaitza— etika "guztiz unibertsal eta bizikidezkoarekin" (García Amado, 1992). Eta hori, Espainiak eman duen García Amado bezalako jusfilosofo batek feminismoaren analisisiaz aportatu duen dokumentazio bikain eta bakanaz konfiantza eta onespina aitortu ondoren, esan behar da haren jarrera dela Ebanjelio onenaren izaera partziala eta "ez-unibertsalista" kritikatzearen parekoa; Jesukristok agindu zuen behartsuak maitatu behar zirela eta adierazi zuen aberatsek zaila zutela salbazioa, gamelua orratz bateko zulotik pasatzea bezain zaila".

---

Hemen, ordea, Generoaren pentsamenduarekin bat etorriz, uste da Zuzenbide “neutroena” gerta daitekeela emakumeentzat batere “neutroa” ez izatea. Hala eta guztiz ere, kezkgarria da kritika feminista, maiz aski, —Zuzenbidearen Generoari dagokionez— Marx bera sartu zen aterabiderik gabeko kale itsu berera sartzen dela, hots, “giza eskubideak” behartsuen kontra boteredunen zerbitzuko mozorro mota bat besterik ez dela esatera (Barrere, 1992).

Bidezkoa litzateke, hemen ere, Generoaren talaia onartzea, baina baldintza batekin, hots, Zuzenbidea ez dadila funtsezko maltzurkeriaren bilduma eta batura bailitzan har, Karl Marxen estilo antijuridikoaren erara. Zuzenbidea onuragarria ere izan daitekeelako —haxe izan baita esparru kriminalean— emakumearen askatasunaren aldeko xedean.

### 3. *Espainiako Zuzenbide penalaren aldaketak eta Generoaren iraupena: osoro tradizionala den moral bateko aldaketa positiboen eta hondar negatiboen paradigmak*

Batzuetan ez dago zertan konplikatzen hainbesteraino bizitza metodologikoa, zeren eta historiak, ideologiak eta politikak esplikatzeko baitute garai jakin batzuetan nola gertatu zen emakumeen aldeko aurrerapausu bat lege penalen barrenean.

Errepublikako 1933ko Kode Penala hartzen badugu, haren "Zioen adierazpenean" hainbat gauza jakinarazten digu. Ikasiko dugu ideario errepublikarra Estatu mota batekin konformatzea baino zer bait gehiago zela. III. Zioan, "Konstituzio berriak ezarritako aldaketak" gai duen hartan, esaten da Konstituzioaren 25. artikulua "sexuen berdintasuna" ezartzen duela. Berdintasun horren ondorioz Kode errepublikarrak aurreko Kode Penalaren 438. artikulua indar gabe utzi zuen. Artikulu hartan esaten zen emakumeak adulterio egiten bazuten, senar laidotuak emaztea hiltzeko aukera zuela, inpunitate osoz. III. Zioan gogoratzen zen bezala uxorizidari "absoluziozko aitzakia" ematen baitzizkaien edo "aringarri berezi-berezia".

Kode errepublikarrak era berean indargabetu zuen emaztearen sekretuak atzematen edo haren gutunak irekitzen zituen senarraren absoluziozko aitzakia, testualki —eta komeni da azpimarratzea— sexuaren berdintasunagatik.

Errepublikako gizarte zibila erasokorra zen, eta gizonen erara antolatua, neurritz gainera. Baina gizonetzkoak izan ziren, hala nola Alvaro de Albornoz eta Fernando de los Ríos, gehiegikeriarik gabe (eta Clara Campoamor eta Victoria Kent bezalako emakumeen orotzapen juridiko ona ahanzi gabe) Kode Penala modu koherentean aldatu zutenak, errepublikako Zuzenbide konstituzional "neutraletik" ateratako arrazonamenduekin.

Eta, era berean, gizonetzkoak izan ziren, moral gaitzesgarri batek bultzatuta frankismoaren Kode Penaleko 428. artikulua erredaktatu zutenak, emakumearen adulterioa berpiztuz. Artikulu hartan berriro ezartzen zen "vindicta in honore" edo emazte infidelaren heriotzea senarraren eskutik, zeina beste zigorririk ez zuen izaten epaileak agindutako deserriratzea

---

baino (hori disuasio edo benetako zigorra baino gehiago krimenerako pizgarria izan zen). Artikulu hark 1963an Kodearen erreforma egin zen arte iraun zuen. Eta, eztabaida doktrinala ez zen txantxetako gauza izan, bada, egile batzuek, esate baterako Ferrer Samak, airtortzen zuten 428. artikulua hartan finkatzen zen emakumearen “ikaratzeko moduko berdintasun eza”. Baina, nagusitzen den Generoaren sorkuntza garbi hartan honelakoak esaten ziren: “badakigu, jakin, bere tokian agertaraziko dugun bezala, emakumearen adulterioa gizonezkoarena baino larriagoa dela” (Lacasta-Zabalza, 1964-65).

Zuzenbidearen akatsgabeko interpretazio bat zela medio Errepublikak adulterio izeneko hura deskriminalizatu egin zuen eta hartan emakumeei ematen zitzaizen tratatu diskriminatzailea indarririk gabe geratu zen. Eta moral laidagarri batek, 1942ko azaroaren 6ko Hitzaurrean kontsagratua izan zenak, “emakumea babestearen” aitzakiaz, egiten zuena zen “emakumearen ohoretasuna” bide penaletik kontrolatu besterik ez (frankismoaren garaian jaun burutsu haiek “ohoretasunari” buruz zeukaten irizpide berezi-berezien arabera). Legelari haiek gizonezkoak ziren gehien-gehienak, hala errepublikazaleak nola frankistak; baina, haien artean emakumearen berdintasunarekiko zuten tarte intelektuala, “ohoreari” eta “adulterioari” buruz edo seme-alaba “legitimoen eta ez-legitimoen” arazoari buruz parrakotasun errepublikarraren eta diskriminazio frankistaren artean zegoen alde bezain handia zen (Picontó, 1996).

Komeni da, emakumeari dagokionez, hari historiko honi eustea. Izan ere, gure iraganari ezarri zaion amnesia kulturala dela-eta, orain gertatzen zaigu ezen, egileren batentzat hain kaltegarriak zirela hogeita hamarreko hamarkadako CNTko “Emakume Libre” (etxeko lanak gizonen eta emakumeen artean banatzea edo antisorgailuak defendatzen zituztenak) nola Falange Españolako “Sección Femeninakoak” (Durán y Lalaguna, 1992). Falangearen “feminismoa”, zeinen aportoetako bat “pololoak” erabiltzea izan baitzen, neskek modu txukunean egin zezaten gimnasia. Kontu hura oraindik ere barre eragiteko motiboa izaten da gizarte espainiarrean eta emakumearen gaineko ikuspegi frankista eta nazional-katolikoaz ongi merezitako kritika egiten da (C. Martín Gaité, 1987). Duránek dio “Emakume Libre” anarkistak eta Falangekoak “borroka politikoaren adierazle nabarmenak direla” eta, azken finean, parekatzeko modukoak eta erdeinagarriak, feminismoa “arlo ideologikoan” oinarritzen zutelako eta ideologiak edozein irizpide xurgatzen duelako. Hemen gauzak agertu nahi dizkigute esanahi berdinekoak balira bezala emakumezko libertarien ideiak, diskriminazioaren eta sexismoaren kontrakoak, eta Pilar Primo de Rivera bezalako batek adierazten zituen behialako asmo zaharkituak. Hamaika holako ikusi —eta irakurri—

---

behar, eta gainera emakume batek atereak (Durán y Lalaguna, 1992), zeinek, jakina, ez baititu aipatu ere egiten umegintzaz eta antisorgailuez Juan Pablo II.ak dituen iritzi antifeministak, Vatikanoko ideia horiek "ideologia" jakin baten adierazle ez balira bezala, munduko emakumerik behartsuenen eskubideak galarazteko "politika" eta propaganda oso bat, alegia.

Zuzenbidea generoduna da, dudarik gabe; baina, beste esanahiekin eta aspaldiko industrializazioan lanaren eta kapitalaren arteko etsaitasunera iritsi gabe ere, oraindik ere bada ezker/eskuinaren arteko bereizketa arlo politikoan eta kulturaren historian. Bereizketa horren poderioz ikusten ahal dugu guztiz oinarritzkoa dena, hau da, emakumeentzat ez dela berdin izan ideario libertarioa eta Francoren Kode Penala, Eliza katolikoarekin bat eginik, haren hertsikeria mentala hitzetan ere nabarmentzen zena, adibidez lege hartan aipatzen ziren "ohaidegoa" delakoa (hitz itsusia, zinez) eta "adulterioa".

1978ko Konstituzioaren bidetik kode penalean sartu ziren aldaketak, emakumeari dago-kionez, handiak izan ziren edo urriak, azkarrak edo geldoak, atzerapausoekin edo aurre-rakoekin, iritzien arabera.

Bete-betean asmatu zen berdintasun ideia "goi mailako balorea" eta "oinarritzko eskubi-dea" bezala hartzearekin. Baina 1983ra arte itxoin behar izan zen Kodearen 10. artikuluko 16. astungarria aldatzeko. Artikulu hartan biltzen zen "sexuaren gaitzespena". Beraz, 1983a arte, emakumea zigorra "presondegi" batean betezearen "ohar iraingarritik" kanpo gelditzen zen eta "kartzela" egokitzen zitzaion (77. art.)

Batzuetan, esparru doktrinalean bezalaxe, bizitza juspentalista abiada bizian ibili dela dirudi. Maisuaren eta ikaslearen arteko "desadostasun zientifikoaren" lagin eredugarri batek (tonoaren eta edukiaren aldetik) bultzatu zuen Cerezo katedratikoa José Luis Díez Ripollés orduan Zuzenbide Penaleko irakasle laguntzaile zenak 1981ean "askatasun sexualari" buruz mantentzen zuen tesiarekin bat ez etortzera. Cerezo irakaslearentzat "askatasun sexualaren" kontrako erasoak ez zuen sexuaren gaineko Zuzenbide penalaren delitu figuretan agertzen den "zuzengabetasunaren" edukia agortzen. Aintzakotzat hartu behar ziren "gizartean zinez indarrean zeuden etika sozialaren arauak". Cerezo irakaslea, gainera, ez zegoen ados Díez Ripollés-ekin, honek "askatasun sexuala" pertsonalitatearen garapentzat hartzen zuelako eta hark ez zuen inondik ikusten "zuzengabetasunaren edukian dagoen gehigarria", Díez Ripollés-ek delitu sexual horietarako defendatzen zuen bezala (Cerezo eta Díez Ripollés, 1981, IX-XI orr.).

---

Horrela Kode Penal berriarekin "moralak babestetik" "askatasun sexualaren" tutoretzarako lekualdatze bat gertatu da, argi eta garbi (Boix Reig, 1995). Eta Kode honek bere VIII. Tituluko artikulatua inolako eragozpenik gabe "askatasun sexualaren" kontzeptua bildu du, gure eremu penalean ondare juridikoki babestu bat bezala finkatu dena modu erabakigarrian. Atzera begiratuta Cerezo irakaslearen eta haren ikaslea zen Díez Ripollés-en artean izandako "desadostasunari" erreparatuz, badirudi, arazoak arazo, "etika soziala" egungo legerian eta doktrinan bildutako "askatasun sexualaren" gaineko ideia berriei egokituz joan dela.

Baina dena ez da horren positiboa eta Kode Penaleko 612.3 artikulua aipatzen ditu "ahalkearen kontrako erasoak" gatazka armatuaren kasuan (behar bada gerraren gaineko nazioarteko legeriaren eraginez), bai eta "emakume eta haurren babes berezia" ere, horrela parekatuta agertzen direlarik.

Eta moral zaharreko hondarrak gelditzen dira, zeinek bereizten baitzituen "familia erregularrak" eta "ez-regularrak" edo "egitezko bategiteetan" sortzen zirenak. Eta hori ikus daiteke 1996ko Kartzeletako Erregelamendu berriko 168 eta hurrengo artikuluetan. Bertan "familiaren egituratzea" babesteko asmoz, zigorra emakumezko eta gizonezkoentzako kartzela mistoetan betetzea antolatu du, baina "askatasuna kendu zaien ezkontideei" bizikidetasun osoa izateko aukera murrizten die (eta erabat isiltasuna mantentzen du bestelako bategite afektiboez, "egitatezkoen" alegia, hain zuzen ere, populazio sektore horietan hainbeste garrantzia dutenak).

4.

## *Berrikusketa laburra: Zuzenbide penalaren eginkizuna eta “eskaparate- -arauen” arriskua*

Generoaren ikuspegia badirudi ez dela alternatiba itxi bat. Metodologiaren aldetik ez dago soberan Zuzenbidearen ustezko “neutraltasunaren” gaineko oharpen kritikoak eta emakumei aplikatzen zaizkien lege penaletan gertatzen den testuinguruaren gaineko ohartarazpenak aintzat hartzea.

Baina, Zuzenbide penalak ez du bere eginkizuna, azken baliabide soziala izatearena, alegia, zertan galdu behar, ez eta oinarritzko ondasun juridikoen babesle izatearena ere. Kode Penal berrian neurritz kanpoko alderdi batzuk nabari dira, errepresiozko eskuhartze minimoaren teleologia hausten dutenak. Lege berri honek zigorrak gogortu eta gehitu ditu, zigorra betetzeko zeuden aringarri batzuk moztu ditu (“lanaren bidez zigorraldiak laburtzea” ezabatzearekin) eta —hauteskundeetako jokoan sartuz— amore eman dio gizarte espainiarraren “Talion-en alderdiari”, hots, zigorrak oso-osoan betetzearen aldekoa den horri (eta bere bidegabekeriaren aldekoa, erantsi beharko litzateke). Gogoan hartu behar da, adituen esanetan, hamar urte baino gehiagoko kondena batek txikizio fisiko eta psikiko larriak eta konponezinak ekartzen ahal dizkiola zigortuari. Legelari elektoralari zor zaio (zeina “legelari arrazionala” ez den izaki bat baita) Kode hau alde batetik bestera baldin badabil, hau da: a) alde batetik, gizalegezko neurri itxaropentsuak, hala nola “asteburuko arrestoa”, kartzelaren ordeztu eta b) bestetik zigor larrienak modu onartezinean gehitzea eta zigorraldien murrizketak baliogabetzea (Lacasta-Zabalza, 1995).

Bestalde, botere politikoaren ekintzaren desbideratze bat dago “eskaparate-arauetz” etengabe baliatu nahi horretan. Honako hau da prozesua: botoetan pisu handia izan dezakeen gizarte sektore baten eskari bortitza atzeman eta gero (kontsumitzaileak, ekologistak, feministak, drogaren biktimak, etab.), aipatu eskari hori arau juridiko bihurtzen da, lege baten maila publizitarioarekin. Gero arau hori betearazten den ala ez (“delitu ekologikoen” kasu eztabaidagarrian bezalatsu) beste hariko ezpala da. Eta hori, oro har, larria baldin bada, are larriagoa da arlo partikularrean arau hori Zuzenbide Penalekoa baldin bada. Arauen

---

neurri gabeko gehitze horrek (zeinen aztarna Kode berrian baitago) “sistema penalaren hedapen neurrigabea” ekarri du (Suay, 1995) eta horrekin hutsal eta baliorik gabe bihurtu da. Gainera, Zuzenbide penalaren funtzionaltasuna diskutigarria da oso. “Askatasun sexuala” ere —eta batez ere— eraginkortasun materialaren alderdia da, informazioa, hezkuntza, bortizkeriaren kritika, kultur berriztapena.

Eta gizarte honen ekintza paradoxikoa da, zeinek bortizkeriaren kontra zigor handiagoak eskatzen dituen bitartean bere ikusentzunezko baliabide indartsuen bidez indarkeriazko kulturaren hedapena baimentzen eta bultzatzen baitu.

Emakumearen askatasuna ez da arau penalen eskutik iritsiko eta are gutxiago horiek indartzearekin, sistema penalaren eta kartzelakoaren humanizazioaren bidetik, lanik ez dutenei lana emanez eta, oro har, hobekuntza sozialaren eta kulturalaren bitartez. Arte horretan, hobe itxaropen gehiegirik ez jartzea arau errepresiboetan eta kartzelaratzeeetan. Eta bitartean, Celia Suayren hitzetan esateko, on litzateke “zuzenbide penal minimoa, garantista, legitimatzen duten printzipioei zinez atxikia eta pertsonalizatua” bistatik ez kentzea.

## Bibliografía

- BARRERE, María Ángeles: "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), 75-89 orr.
- BEIJERSE eta KOOL, Jolande Uit eta Renée: "La tentación engañosa del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandes, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", batera eginiko liburu honetan: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Elena Larrauri (comp.), Madril, Siglo XXI, 1994, 141-165 orr.
- BERGALLI eta BODELÓN, Roberto eta Encarna: "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), 43-67 orr.
- BOIX REIG, Javier: "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual", batera eginiko liburu honetan: *Mujer y Derecho Penal*, koordinatzailea, Virgilio Latorre, Valentzia, Generalitat Valenciana/Tirant lo Blanch, 1995, 11-20 orr.
- DÍEZ RIPOLLÉS, Luis: *El Derecho penal ante el sexo*, José Cerezoren hitzaurrea, Bartzelona, Bosch, 1981.
- DÍEZ RIPOLLÉS, Luis: *Comentarios al Código Penal* (koordinatzaile izan zen Luis Graciaren lankidetzarekin), Valentzia, Tirant lo Blanch, 1997, I. liburukia.
- DURÁN y LALAGUNA, Paloma: "Mujer, poder, Derecho: una posible interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), 123-134 orr.
- FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Mexiko, Gedisa, 1986.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), 13-42 orr.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "Apuntes de clase de Derecho Penal (1964-65)", Zaragoza.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "Antiformalismo jurídico "fin de siglo", su Gracia e inconvenientes", *Ius Fugit*, Fernando el Católico Institutuzioa/CSIC, 3-4 (1994-95), 437-456 orr.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "L'ambivalent ideari del nou Codi Penal espanyol", *Veus alternatives*, 4 (1995), 10-13 orr.
- LARRAURI, Elena: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, XI, XII eta 93-108 orr.
- LARRAURI, Elena: "Una crítica feminista al Derecho penal", batzuen artean eginiko liburuki honetan: *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, El Monte Fundazioa, 1995-96, 45-74 orr.

---

MARTÍN GAITE, Carmen: *Usos amorosos de la postguerra española*, Barcelona, Anagrama, 1987.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio: *La imaginación jurídica*, Madril, Debate, 1993.

PICONTÓ NOVALES, Teresa: *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, Egido Argitaletxea, 1996.

SMART, Carol: "La mujer del discurso jurídico". *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, 167-189 orr.

SUAY, Celia: "Abolicionismo y feminismo", *El Viejo Topo*, 87 (1995), 52-56 orr.

---

**ELENA LARRAURI PIJOAN**  
**Bartzelonako Unibertsitate**  
**Autonomoko Zuzenbide**  
**penaleko irakasle titularra**

*Feminismoa*

*eta*

*kulturaniztasuna*

Testu hau da Emakundek 1997ko martxoaren 6/7an antolatutako Jardunaldien barreneko hitzaldi batekoa. Jardunaldien gaia zen "Kode Penalaren azterketa generoaren ikuspegitik". Ahoz aurkeztutako formari eutsi zaio.

1.

*Feminist Jurisprudence-ren  
jatorria: "Emakumea eta  
Zuzenbidea" (Woman and the  
Law) delakotik Zuzenbide  
Feministaren Teoria batera  
(Feminist Jurisprudence)*

Nola pasa daiteke hirurogeita hamarrek hamarkadan burutu ziren emakumeei eta zuzenbideari buruzko azterlanetatik laurogeiko hamarkadako Feminist Jurisprudence-ra? (Hemendik aurrera FJ laburdura erabiliko dugu).

A) Diferentzia datza lehenbizikoa berdintasuna lortzen saiatzen dela: jokabide diskriminatzaile guztiak desagertaraztea enpleguaren arloan, hezkuntzan, gizarte laguntzan, emakumeak gizonak bezalakoak direla argudiatuz (eta araua neutrala dela onartuz). Baina planteamendu honen mugak laster jarri ziren begibistan, bereziki emakumeak berdinak ez diren arloetan, adibidez erreprodukzioan. Horrek mundu anglosaxoniarran eztabaidatzera ekarri zuen haurdunaldia beste eritasun bat balitz bezala tratatu behar ote zen edo horren berezitasuna errebindikatu beharko ote zen. Horren aurrean diferentzien zerrenda bat prestatzeko saio bat egin zen, baina horrek amaiera gabeko eztabaida sortarazi zuen gai hauei buruz: kontuan hartu beharreko diferentziak zein ziren, horietarik zein ziren errealak eta zein asmatutakoak eta zein ziren integrazio eta diferentziazeko bultzatu beharko liratekeen ereduak.

B) Genero bien arteko berdintasuna bermatzeko arauak aldarrikatu arren, laurogeiko hamarkadan benetako berdintasuna lortzeko legezko erreformaren mugak agerian gelditu ziren hainbat arlotan, hala nola enpleguan, sexu-bortizkeriaren arauketan, abortoarene erregulazioaren gorabeheretan. Nabarmentzen diren arazoan artean pobrezia feminizazioa dago eta legeak aldatu arren emakumeek seme-alabekin etxean gelditzea "aukeratzen dutela".

C) Era berean beste korrante batzuen sarrera gertatzen da, hertsiki juridikoak ez direnak. Horien artean hauek azpimarratu behar dira:

---

C1) Gilligan (1982), zeinek teoria moralari buruzko azterlanetan aginpide enpirikoa aitortzen baitie gizonak eta emakumeek beren gatazka moralak ebazteko dituzten modu diferenteei eta horrekin ukatu egiten du behe mailako garapen moralaren egoera bat balitz bezala deskribatu daitekeenik.

C2) Korrante postmodernistaren sarrera feminismoan. MacKinnonen (1983) planteamenduak agian ezin badaitezke postmodernistatzat hartu, aitortu behar da sekulako eragina izan zutela, horien bidez frogatu baitzuen gizonaren ikuspegi partikularrari ikuspegi unibertsalaren balioa eman zaiola.

Azken finean: nire analisisia zuzena baldin bada, laurogeiko hamarkadako FJ-ren berrikuntza izan da dudan jartzea legea aldatzeak ahalmenik ba ote duen errealitate soziala aldatzeko; dudan jartzea ea egia den helburua gizonarekiko berdintasuna lortzea dela; zalan-tzan jartzea zuzenbide liberala berdintasunaren aldekoa dela; izan ere, sistema horren arauetan ikusten baita, modu unibertsalean formulatuak badaude ere, zuzenbide hura aldarrikatu zen garairako baloreak talde sozial dominatzailearenak zirela: klase ertaineko gizon zurienak:

Ondoren azalduko dut nire iritziz nola aplika dakioken Zuzenbide penalaren analisiari FJ ikuspegia.

## 2.

# *F. J. Zuzenbide penaltari aplikatzea: “arauak sexudunak dira”*

Nola froga daiteke ezagupena kontestuala dela, ez dagoela irizpide edo helburu unibertsalen arabera elaboratutako araurik? Horretarako, begirada “genero-sentsitiboa” behar dugu.

### 2.1

#### **HIZKUNTZA: “ARAUAK SEXUDUNAK DIRA ERA MASKULINOAN ADIERAZTEN DIRELAKO”**

Feministek garrantzi handia eman diote gai honi, hau da, hizkuntzak emakumeak ahazten dituela era maskulinoan espresatzen delako. Horri erantzun zaiio beti esanaz izenorde maskulinoaren erabilpena unibertsala dela, baina, noski, ez da behin ere esaten “abortoa bere buruari eragiten dionak (puntu honetan izenorde maskulinoa dator genero gramatikala duten hizkuntzetan) edo baimena ematen duenak beste batek eragin diezaion”.

Horrek ba al du garrantzirik?:

a) pertsonak femeninoz aipatzeak emakumeak ikusgai egiten ditu; b) kasu batzuetan argudiatzen da arazo sozial bat islatzen duela.

### 2.2

#### **KALTEAREN KONTZEPTUA: “ARAUAK SEXUDUNAK DIRA EREMU PUBLIKOAN GERTATZEN DENA BESTERIK EZ DUTENEAN KALTETZAT JOTZEN”**

Kaltea gehienetan ikuspegi maskulintik zehaztu izan da. Horren arrazoia izan da gehienetan “bi esferen doktrina” hartu delako oinarritzat, hots, eremu publikoa Zuzenbide penaltari arautu dezakeela ulertzen duena, eta kalte pribatua berriz —baldin eta kaltetzat hartzen bada— arlo pribatuari, pertsonaren barrenari dagokio.

Kaltea emakumearen ikuspegitik zehazten denean kalte mota berriak azaldu dira, hala nola, etxeko bortizkeria (153. art., kontua zen eremu pribatuan burutzen zela eta ez zela le-siorik azaltzen), eraso sexualak ezkontzaren barnean eta pentsioak ez ordaintzea (227. art., dibortzioak kaltea dakarkio emakumeari, pobreziaren feminizazioa).

Begibistakoa denez, horiek guztiak kalteak direla adierazteak ez du esan nahi Zuzenbide penalera jo behar denik horiek soluzionatzeko, baina edonola ere behar-beharrezkoa da kalte bezala hartuak izan daitezela, arazo sozial bezala.

### **2.3**

#### **SEXUAGATIKO ASTUNGARRIA: "ARAUAK SEXUDUNAK DIRA SEXUAGATIKO ASTUNGARRIA DAGOEN MOMENTUTIK"**

Emakumearen ikuspegi bat eransteak esan nahi al du babes berezi bat izan behar duela? Agian ez, berriro ere esan daitekeelako babes handiagoa izatea estereotipoen gauzatze bati zor zaiola.

Baina sexua ukatzeak kezkatu egiten nau bi arrazoi hauengatik:

- a) Egoera sozial batzuetan diskriminazioa sexuaren arrazoiengatik izaten da (314. art. adibidez).
- b) Badirudi gainerako astungarriak neutralak direla, modu neutralean formulatuak daudelako, eta ahantzi egiten dela horiek duten eragina (adibidez alebosia asasinatze delituan, 139. art. edo behar bada lesio delituan bitarteko arriskutsuak erabiltzearen astungarria 148.1 art.).

### **2.4**

#### **ZIGORRAK: "BIRSOZIALIZAZIOA SEXUDUNA DA"**

Esango baligute zigorren kontzeptua ere, eskubideez edo oinarritzko ondasunez gabetzea den aldetik, ikuspegi maskulinoetik zehaztua dagoela, baieztapen horrek edonor harrituko luke, seguraski.

Alde horretatik argi dagoela dirudi zaila dela isun-egunak kontzeptua aplikatzea zigortzen dena emakumea denean.

Era berean asteburuko arrestoaren teorizazio oro era maskulinoan dago planteatua, horrela gizona lanera joan ahal dadin. Aitzitik, pentsatu izan balitz asteburua egokia izan zitekeela gizonezkoak seme-alabak zaindu ditzan, orduan baizik ez lukeelako haiekin egoteko aukera, kartzelaratzea bezain desozializatzailea ez den zigorra asmatzeko parametroa agian ez litzateke izango askatasuna hain justu asteburuan kentzea.

Beste adibide batzuk: 179. artikulua (Kartzelako Erregelamendua) aurreikusten duenez, "(...) haur txikiak dituzten emakume kartzelaratuak, hirugarren graduan sailkatuak badaude, Tratamendu Batzordeak onets dezake ordutegi egoki bat, haien famili beharrei egokitu, seme-alabekiko lotura sustatzeko famili giroan. Zentzu horretan, erabakitzen ahal da emakume espetxeratuak bere etxean lo egin dezala eta zehazten diren eguneko orduetan itzul dadila".

Itxura denez, gizonezko presoek kasuan ez bide da beharrezkoa "seme-alabekiko lotura sustatzea famili giroan".

Eta zer esan daiteke erregelamendu bereko 82.2 artikuluz?: "(...) hirugarren graduan sailkatutako emakumeak kondena betetzen badaude, kartzelatik kanpora lan ordaindu bat izateko aukerarik ez dagoela frogatzen baldin bada, eta, dagozkion gizarte zerbitzuen txostena medio, ziurtatzen bada hura bere etxean egiaz etxeko lanetan arituko dela, lan horiek kanpoan egingo bailiran hartuko dira".

Bi adibide hauetan agerian gelditzen da feminismoaren literatura kriminologikoan behin eta berriro azaltzen den gai bat: emakumeen aldekoa omen den klausula berezi bat ezartzen denean, bertan indartzen eta birbaieztatzen dira generoari buruzko estereotipo guztiak.

## **2.5                   PARAMETROAK: "ARAUAK SEXUDUNAK DIRA, BATEZBESTEKO GIZONEZKOAREN IRIZPIDEAREN ARABERA APLIKATZEN DIRENEAN"**

Instituzio batzuekin —esate baterako zilegizko defentsa— sortzen den arazoa da modu neutroz idatziak dauden arren edukiz maskulinoak direla. Horrela gertatzen da, adibidez, bi une garrantzitsuetan: a) aurrena erasoaren aktualitatea pribilegiatzea defendatu beha-

---

rraren gainera (oroit gaitzen, erasoaren aktualitatea eskatzera, orduan Sara Balaghan-ek eta arruntean etxeko bortizkeriaren pean bizi diren emakumeek ezin izango zutela zilegiziko defentsan babestu); b) erantzunaren arrazionaltasuna zehazteko unean, ez bada kontuan hartzen emakumearen berezitasuna, modu partikularrean sozializatua izan baita, indar fisiko urrian eta beldur psikiko handiegian.

Horrek, jorratu nahi dudan azken gaiaren aurrean jartzen gaitu: gure eskaria da Zuzenbide penalak jaramon egin diezaiela emakumeen balorazioei, erantzuna arrazionala den ala ez zehazterakoan. Hortaz, onartu behar al dugu beste talde sozialen baloreak erantsi daitezzen?, eta, zer gertatzen da Europako edo mendebaldekoak ez diren beste kultura batzuetako talde sozialen baloreak emakumeen kolektiboarentzat kaltegarriak direnean?

### 3.

## *Feminist Jurisprudence eta kulturantzatasuna: eskubide berriak berriak aitortzetik -tratu txarrak jasandako emakumearen sindromea- salbuespen kultural bat sortzeraino*

Auzitegi iparramerikarrek hasiak dira dagoeneko tratu txarrak jasandako emakume bati senarra hiltzeagatik ezarritako kondena kentzeko salbuespena onartzen, eta aurrerapen hori lortu da "tratu txarrak jasandako emakumearen sindromea" eraiki denez gero.

"Sindrome" horrek zuen berezitasuna zen ez zela mugatzen emakumea erotuta aldi bateko eromen aldian balego bezala aurkeztera, baizik eta ematen zen arrazoia zen tratu txarren ondoriozko egoera horretan emakumeak ikasi egin zuela senarrak noiz erasotuko zuen ikartzen eta horregatik haren defentsa erantzun arrazional bat zela.

Alabaina, emakumeena bezalako talde baten parametroak erabiltzea zilegitzat jotzen badugu portaera bat arrazionala den erabakitzeke, era berean onartu beharko da beste talde baten baloreen arabera portaera hura arrazionala dela, nahiz eta balore haiek kaltegarriak izan, orokorrean, emakumeentzat eta umeentzat.

Horixe da, laburbilduz, salbuespen kulturalari buruzko eztabaida. Printzipioz talde feministak kontra ditu eta berriro erakusten digu zernolako arriskuak dakartzan Zuzenbide penalerantz jotzeak, zeren aurrerapauso bakoitzeko (aldeko salbuespen baten sorrera) atzerako bat baitator (salbuespen kultural baten sorrera) berdintasunaren izenean.

#### 3.1

#### KASU BATZUK

Gutxi gorabehera hamar urte hontan jakinmin handiena sortarazi duten kasuak hauek dira:

— Klitorisaren ablazioa (Hope Lewis, 1995).

- Senarrak emaztea hil, galdutako ohorea berreskuratzeko: (People v. Chen).
- Gizonak emakume bat bahitu eta bortxatu, harekin ezkondu nahi zuela adierazteko (bahiketa bidezko ezkontza) (zij-poj-niam): People v. Moua.
- Ama-semeak bere buruaz beste egin, galdutako ohorea berreskuratzeko (oyako shinju): People v. Kimura.
- Hindu batek emaztegaia hil, konpromisua onartzen ez zuela-eta: Pople v. Poddar.
- Seinale batzuk egin aurpegian, azpitalde batekoak direla tinko adierazteko (scarifikazioa): Regina v. Adesanya.
- Coining: haurrak lesionatzea katarro bat osatzeko.
- Sexual harassment: haur txikiaren inimizazio erritua.
- Emakumeak haur txikia bakarrik utzi: State v. Chong Sun France.

### **3.2 EZTABAIDAREN NONDIK NORAKOAK**

Salbuespen kulturala sartzearen kontrako emakumezko idazleek ulertzen dute hori berdintasun printzipioari eraso egitea dela (Zuzenbide penalaren balkanizazioa), albuespen hori ukatzen baitzaie iparramerikarrei.

Gaineratzen dute, segurtasun juridikoa zalantzan jartzen duela, ezin delako argiro ezarri albuespen kulturalaren eremua: nola jakin dezakegu hori talde konkretu bateko kulturaren parte dela?, eta zein talde hartu aintzakotzat?

Hondarrean, eta bereziki, kritikatzeko da emakumeen garaipenak kolokan jartzen dituela, baieztazen den kultura, hain zuzen ere, balore patriarkalak bere baitan dituen delako.

Alderantziz, albuespen kulturala ezartzearen aldeko emakumeek defendatzen dute horixe dela modu bakarra Zuzenbide penala bere baieztapekin kontsekuente izateko, hau da, erruduntasuna epaitza indibidualizatua dela, pertsona bere osotasunean kontuan hartzeko haren kultura ere kontuan hartu behar delako.

Gainera ulertzen da sistema penalak aniztasun juridikoa errespetatu behar duela, bestela "ezjakintasunaren aniztasuna" izango bailitzateke, eta kultura arrotz bati ez legoke eskatzerik bere baloreak utz ditzan gehiengoari men egitearren, hori, hain justu, ezkutuko arrazismo mota bat litzatekeelako.

Azkenik, azpimarratzen da oraingo albuespenekin ez dela zuzen jokatzen fenomeno horiekin, deus egotzi ezingo balitzate bezala hartzera behartzen baitute (gaitasun murriztua)

---

edo huts egite kasuak bailiran, eta kontua ez da ez bata ez bestea. Horrek laidoztatzeaz gainera ez du kondenatik libratzen, zerbait arindu baizik edo Estatu Batuetan gertatzen dena, zehaztu gabeko denboraldi baterako seguratasun neurriak jartzea dakar.

Horren aurrean salbuespen kultural bat sortzea iradokitzen da, eztabaidatzen delarik salbuespen horrek berariazkoa, formala edo ez-formala izan behar duen (informazio kulturala lehendik dauden salbuespenen barruan sartu behar den, alegia), edo osoa nahiz partziala (erantzukizuna arindu besterik egingo ez duena), eta neurri apalago batean aitzakia edo justifikazioaren arrazoia kontuan hartu behar den.

Salbuespen horrek dakarkeen arriskua da halako mezu bat hedatzea, zera, emakumeak ez direla behar bezala babesten, eta horretaz jendea ohartzen da, izan ere babesten diren kultur baloreak balore patriarkalak dira eta bide horretatik aukera egin behar izaten da generoaren eta kulturaren artean.

Beste alde batetik, salbuespen kulturalak balio dezake etorkinen estereotipoak gauzatzeko eta praktika eta balore horiek mendebaldeko kulturaren ere gertatzen direla ezkutatzeko. Aipatzen da, halaber, kulturaz hitz egiten dela, baina bizkitartean ahaztu egiten da bazterkeria ez dela (soilik) arrazoi kulturaletan oinarritzen, arlo ekonomikoan (klasea) eta politikoan (arraza) ere sustraiak badituela.

Hori dela eta, proposatzen da salbuespen kulturala eztabaidatua izan dadila kasu bakoitzean eta beharrezkoa ikusi da salbuespen kultural horri buruzko muga batzuk zehaztea.

### **3.3**

### **ZEHAZTAPEN BATZUK**

Oro har, ez zait egokia iruditzen nola planteatu den eztabaida, orokorrean eta publizitatearen aldetik, kontrajarri direlako alde batetik talde feministak eta bestetik kulturantzatasunaren aldekoak Zuzenbide penalean. Eta hori faltsua da, bi arrazoi hauengatik gutxienez: a) emakumezko idazle batzuk ohartarazten digutenez, salbuespen kulturala ez da beti kaltegarri izaten emakumearentzat, batzuetan mesede ere egiten baitie; b) atzerriko kulturarekin kontrajartzearekin ezkutatu egin nahi da kultura horietan defendatzen dituzten baloreetako franko gure kulturaren ere badirela.

Beste alde batetik ukatu egin da salbuespen hori tratu txarrak izandako emakumearen sindromea bezalakoa dela edo loturarik baduela, alegatu izan delarik ez dela diagnostiko psikiatrikoa, talde espezifikoki bati ez zaiola aplikatzen, edo bata emakumeen mesederako den

---

bezala bestea haien kalterako dela. Hala eta guztiz ere, argudio hori kasu guztietan egiazkoa ez izateaz gainera ez zait iruditzen zinez kontuan hartzekoa denik, bada, kasu batzuetan ikuspegi partikular bat onartzen baldin bada, zer dela-eta baztertu behar da besteetan?

Hirugarrenez, ez dut uste bidezkoa denik esatea hori bortizkeria barkatu izana adierazten duen mezu bat delako tratu txarrak gehituko direla etorkinen taldeetan, eta bide batez argudio hori ez estrapolatzea tratu txarrak jasandako emakumearen sindromera, eta horren ondorioz esatea tratu txarrak jasan ondotik senarra hiltzen duten emakumeen kopuruak gora egingo duela.

Laugarrenez, pentsatzen dut tratu berezi bat egon behar dela, argi dagoela dirudi, behintzat, zakur bat hiltzea modu desberdinean ikusten dela hura jateko baldin bada, eta era berean bigamia kasu bat edo klitorisaren ablazioa, horiek arautegi sistemak integratu ahal dituelako. Hitz egin dezakegu jasangarritasunaren mugez, kalte soziala kontuan hartuta, bada, Alice Walker idazle iparramerikarrak dioen bezala "tortura ez da kultura".

---

**ADELA ASUA BATARRITA**  
Euskal Herriko Unibertsitateko  
Zuzenbide penaleko  
katedraduna

*Eraso sexualak  
Kode Penal  
berrian: irudi  
kulturalak eta  
diskurtso  
juridikoa*

Kode penal berriak berrikuntza handiak erakusten dizkigu sexualitatearekin loturiko delituen itxuraketan. Behinolako ulerkera hura, eraso sexuala "onestasuna" kaltetzearekin lotzen zuena, behin betikoz (1) uzteak bere islada du jokabideen larritasuna eratzeko modu berrian, sexualitatea erabiltzerakoan "askatasuna" babestearen ikuspegitik.

Azalpen honetan aipatuko ditut aldaketa horietako ezaugarriarik adierazgarrienak, munta handieneko erasoak, hots, gaur egun "eraso sexualak" deitzen direnei buruzkoak. Ez ditut jorratuko adin txikikoei edo ezinduei eginiko abusuak bezalako gaiak, horiek planteamendu berezia eskatzen baitute, kolektibo horien oinarritzko eskubideen eta berezitasunen ikuspegitik (2).

Jazarpen sexualari eta prostituzioari buruz, Jardunaldi hauetako beste txostengile batzuek azalduko dituzte gai horiek. Hori dela-eta azaleko aipamen bat edo beste besterik ez dut egingo kasu horietaz.

---

(1) Trantsizio demokratikotik abiatuta, gai honetaz erreforma franko izan dira eta ondorioz arian-arian aurreko erregulazioaren alderdirik anakronikoenak kenduz joan dira: horrela, 1977an adulterioa eta ohaidetasuna despenalizatu egin ziren; beste erreferentzia moralizatzailerik batzuk, estuproaren gainean frankismoaren erregimenean sarturikoak, ezabatu egin ziren Kode Penalean 1978 eta 1983an eginiko erreforma partzialetan; "eskandalu publikoaren" delitua izenez eta edukiz aldatu zen 1988an, "exhibizionismoa eta probokazio sexuala" biltzeko; eta Kode Penala eguneratzeari buruzko 1989ko legean (ekainaren 21eko 3/1989 L.O.) titularen multzo osoa "askatasun sexualaren kontrako delituak" errotuloaren azpian biltzen da.

(2) Adin txikikoei dagokienez, abusu sexualen tratamendua (bortizkeriarik edo larderiarik gabe) "sexualtasunaren" ikuspegi hertsitik, nire ustez erreduktionismoa da, garapen integralari, autoestimuari eta gizartearen parte hartzeko ahalmenari egiten zaien kaltearen funtsezko dimentsioa gutxiesten duena. "Kalte sexuala" azpimarratzearekin batera ibili dira estigmatizaziozko ezaugarriak, adin txikikoaren "korrupzioa" mintzagai dutenak, eta horiek ez dute batere laguntzen norberaren nortasuna eraikitzearen aldera. Adin txikikoa nagusien abusuaren aurrean zentzuz babestekotan, haren heziketa prozesua eta pertsonen arteko komunikaziorako trebetasunak larriki kaltetzen dituzten erabilpen edo menpekotasunezko era desberdinak modu bateratuan tratatu beharko lirateke. Frantziako Kode Penal berriak —1994ko martxoaren 1ean indarrean sartu zenak— adin txikikoen kontrako delituak biltzearen alde agertu da, eta hain zuzen ere "Adin txikikoak arriskutan jartzea" izenburuko sailean bildu ditu ("Adin txikikoen eta familiaren kontrako erasoak" izeneko V. kapituluaren barnean). Sail hartan —227-15tik 227-28ra arteko artikulua—, hamabost urtetik beherako adin txikikoei eginiko gabetze mota desberdinak sartzen dira, eta orobat, edari alkoholdunak ohituraz eta neurririk gabe kontsumitzen hastea, droga kontsumorako probokazioa, adin txikikoen irudiak pornografian erabiltzea eta eraso sexualak (bortizkeria nahiz larderiarik gabe edo ustekabearen) zeinentzat, inguruabar astungarri batzuk gertatuz gero, 10 urteko presoaldiko zigorra ere jartzen ahal dute. Bortxaketak eta bortizkeriazko erasoak delitu sexualen aurreikuspen orokorren bidez arautzen dira (pertsonen integritate fisiko nahiz psikikoaren kontrako erasoaren multzoan sartzen direnak).

---

Azpimarratu behar dena da "delitu sexualen" esanahiaren aldaketaz kontzientzia hartu beharra dagoela, abiapuntutzat hartzen bada adierazpen "sexuala" berez ez dela jokabide debekatuaren desbalorizazioaren muina baizik eta biktimaren erabaki autonomoa urratzea. Horrek berekin dakar diskurtsoak eta interpretazio juridikoak aldatu beharra, horiek orain arte batera etorri baitira jokabide horien kaltegarritasunaren, eta deskripzio legeletan biltzen diren ohiko elementuen norainokoaren gaineko argitasunekin. Hein handi batean, jurisprudenzian bertan ere, aldaketa hori jada bere bidea egiten hasia da, oraindik dudamudatan bezala, aurrerago azalduko dudan bezala.

Erregulazio berriaren gaineko gogoetak eskatzen du ia bi mende iraun duen arautegia iradoki zuten onarpen inplizituak eta jarraibide baloratiboak aztertzea, hortik ondorioztatu den birsorkuntza jurisdikzionaletan islada izan baitute. Atzean utzi denari begirada bat botatzea, eta haren ezaugarriak ezagutzea, lagungarri izan ohi da errefusatu nahi dena zer den argi edukitzeko. Horregatik, erregulazio tradizionalaren ezaugarrien azalpen labur bat egingo dut, erreferentzia puntu bat delako, zeinetatik Kode Penal berriaren figuren interpretazioa eduki berriaz hornitzeko beharra uler baitaiteke.

Sarrerako abiagune gisa, delitu horien arazoaren azpian diren eskema kulturalen gainean gogoeta orokor batzuk egiten hasiko naiz, bai eta emakumeen kontrako bortizkeria sexualaren tratamenduan Zuzenbide penalaren zeregina zein izan behar den gaiari buruz feminismoak egiten dituen proposamen batzuk aipatzen ere.

## *Delitu sexualak eta irudi kulturalak*

“Delitu sexualak” deitzen direnen ohiko erregulazioa arau juridikoek estereotipo eta rol sozialen birsorkuntzan izan duten eginkizunaren adierazle argia izan da. Estereotipo eta rol sozial horiek, emakumeen aukerak diskriminatuz, mendez mende definitu dute eskubide eta eginbeharren berdintasunik gabeko banaketa. Desberdintasun sexualaren egitate biologikoaren gainean eraiki izan dira ustezko diferentzia “naturalen” irudikapen kulturalak, maskulinitasun eta femininitasunaren eredu sozialen arabera. Eraikuntza honetaz, gaur egun “generoaren” eraikuntza bezala ezagutzen denaz (kontzeptu hau diskurtso feministatik (3) sortutakoa da, dagoeneko soziologiak eta filosofia juridikoak (4) zabalkiro bereganatua) izan behar den arreta ezinbesteko tresna da “bidegabeko” eraso sexualen kaltegarritasunaren azpian dauden irudi eta adskripzioak aztertzeke.

Mende honetan zehar, askatasunaren eta aukera berdintasunaren alde emakumeek abian jarri zituzten errebindikazioen sorrera izan zen ordurarteko ordenaren porrotaren hasiera, zeina gaitasun eta itxaropideen diferentzia “naturalaren” gainean eta emakumeek presentzia soziala izateko zituzten aukera urrien gainean oinarrituta baitzegoen. Topikoen hausdurak —oraindik garatzeko prozesuan dagoena— sexuen araberako (5) gaitasunen desberdintasunei dagokienez, eta berdintasunaren aldeko aurrerapen demokratikoak ezinbestean ekarriko dute ohikoa izan den irudiaren suntsidura, moral sexuala emakumearen portaera sozialaren nolabaiteko eredu batekin lotzen duen irudiarena, alegia.

(3) Sexu biologikoaren eta “generoaren” eraikuntza soziokulturalaren artean dagoen aldea nabarmenarazi zuen 70ko hamarkadaren hasieran OAKLEY, A.k, bere *Sex, Gender and Society* lan hartan, Londres, 1972. Plano bien bereizkuntza da “generoaren diktaduratik” askatzeko diskurtsoaren oinarria, generoaren eraikuntza horrek bide eman baitu “naturalizat” hartzeko emakumearen gutxiagotasun soziala eta “gizasemeenak” ez bezalako rolen, ezaugarrien eta eginkizunen esleipena.

(4) FISS, O.M., “¿Qué es el feminismo?”, *DOXA*, 1992, 320. or., Zuzenbidearen arloan teoria feministek izan dituzten aportazioen garrantzia azpimarratzen du, “90eko hamarkadako teoria juridikotzat” hartuz.

(5) Estereotipo horien ondorioa izan da “gure giza ahalmenen atrofia eta hipertrofia, maskulinitasunaren eta femininitasunaren eredu sozialen arabera”, IZQUIERDO, M<sup>o</sup> J.: “No toda hembra es mujer”, 1984ko martxoaren 8ko *El País* egunkarian era trinkoan adierazten zuen bezala.

Aitortu beharra dago gure nazio honetan oraintsu arte "onestasunaren kontrako delituak" deitzen zirenen erregulazioa jada 60ko hamarkadaz gero kritikatu izan zela, eta are gehiago azken denboraldian. "Moral sexualaren" nolabaiteko ikusmolde baten moralke-riazko joeren iraupena salatzea ordurako topiko bihurtua zegoen (6).

Baina eduki moralizatzaileak baztertu beharra aipatzeak eta aukera sexual desberdinei onarpenera emateak ez zuen esparru horretan arau juridikoen interpretazioarekin sozialki loturiko irudien sarea argitzen. Sexualitateari loturiko "moralitasunaren" gaineko ideien erai-kuntza, hertsiki lotuta dago halako ordena bateko menpeko eginkizunak emakumeari esleitzearekin, non gizasemea balore eta interpretazio sozial eta juridikoen arketipoaren eta neurriaren jabe baita. Hori dela-eta "moral sexualaren" gaineko irizpideen aldaketak, berdintasun printzipioaren parametroetatik, askoz ere sakonagoa den aldaketa kulturala baita-kan berekin.

Onestasunaren tutoretza batez ere nolabaiteko ordena sozial baten tutoretza esan nahi izan du, non emakumearen nortasuna sexuan arrazoiturik esleitutako zereginen arabera finkatzen baitzen; horrela haren status soziala gizasemearen jabetzapeko izatearekin lotzen zen eta haren zeregina ezkontzaren bidez ondorengo legitimoak segurtatzearekin. Gizonarena ez bezala, emakumearen nortasuna haren "egoera zibilari" lotzen zitzaien: ezkongaiak, ez-kondua, alarguna edo monja, neskatilen jokoetan abesten zuten bezala. Emakumearen duintasuna haren presentzia soziala eta garapen pertsonala ezkontzaren bidez emazte eta ama izatera mugatzen zuten erregelei amore ematean oinarritzen zen. Ordena horretatik kanpora, irtenbide bakarra zen komentu batean monja sartzea. Gainerako egoera guztiak

---

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madril, 1966, 782. orrialdean salatzen zituen legeria haren "atibismo moralizatzaileak" eta jurisprudentziak nola birstortzen zituen. Zuzenbidearen eta "moral (sexualaren)" arteko bereizketa behin eta berriz eskatu du doktrinak 60ko hamarkadaz geroztik. Ikus, BOIX REIG, J., "Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro", *Cuadernos de Política criminal*, 1977, 7. or. eta hurr., non agertzen baita urte haietako iritzien bilduma bat. Garai hartan GIMBERNAT-ek argi zegoen gauza bat azpimarratzen zuen, hots, legelaria gizonezkoa zela eta ondorioz gizonaren ikuspegiak agintzen zuela zer zen babestu beharrekoa emakumeari zegokionez, aldi berean azpimarratzen zuen ez zela "gizonezkoa gizona izateagatik baizik pentsamolde jakin bateko gizonak, balore-eskala jakin batekoak erabaki dituela emakumearen protagonismo penalaren ezaugarriak, delituaren egile edo biktima gisa". Ikus GIMBERNAT ORDEIG, E. "La Mujer y el Código Penal español", in: *Cuadernos para el diálogo*, XXVIII. aparteko zenbakia, 1971ko abendua, 19. or. *Estudios de Derecho penal*ean errepikatutako artikulua, Madril, 2. arg., 1981, 51-69 orr.

emakumearen "sexuarentzako" arauz kanpokoak eta arriskutsuak ziren, senarraren menpekotasuneko esparrutik kanpora sexualitatea erabiltzeko arriskuaren zentzu hertsian. Horregatik, emakume "bakartiak" moraltasunarentzat mehatsu zirenez gero, agintari zibil eta erlijiosoak ahalegintzen ziren haiek baztertzen (7).

Aitzitik, gizonen subjektibotasun tradizioz haren lanbidearen edo trebezai sozial eta publikoen gainean eraiki da eta haren ospean edo itxaropideetan haren "egoera zibilak" ez du inolako eraginik izan. Onestasuna, babestu beharreko ondasun gisa, emakumearen "duintasuna" definitzen zuen ezaugarri bat zen, haren zintzotasunari eta zuhurtasun sexualari zegokion bereizgarri bat, haren jabe legitimoari, senarrari alegia, erabilpen sexualaren eta ondorengoen eksklusibotasuna segurtatzen ziona. Jokabide sexuala aldatzeak bizitzako itxaropideen galera zekarkion, itxaropide oro ezkontzaren bidetik zihoazen eta horixe zen errealizazio pertsonala lortzeko modua. Bortxaketak emakumearen "dohain"-aren narriadura zekarren eta etorkizuneko ezkontzaren merkatuan emakumearen ranking-a baliogutxitzen zuen orbana izaten zen. Ezkontzaren barnean, ohorea eksklusibotasunerako eskubideak mugatzen zuen. Hirugarren batekin harreman sexuala izateak —onartua izan edo ez—, senar eta jabe batera zenarentzat laido latza izaten zen.

Testuinguru horretan, biktima benetan ohoreko emakumea zela egiaztatzea onestasunaren kontrako erasoaren froga izaten zen. Haren ohiturak eta erasoaren aurreko jarrera arakatzek, eta bortxaketa "burutua" izan zen ala ez baieztatu beharrez erasoaren xehetasunen lekukotzako erreproduzioa egin beharrak, prozesu penala "degradaziozko errito" (8) bihurtzen zuten, non biktima behartua baitzegoen tutoretza penalaren duintasun frogatzerara. Eta gaur egun ere horrela da neurri handi batean. Gaitzespenaren muina, debeku penala bideratzen zen jarrera edo jokabide sexuarekin lotzen zen balore femeninoa babestera. Paradoxa badirudi ere, emakume zintzoaren mistifikazio horrek —emakumearen eredutzat

---

(7) Adibide gisa, 1548ko Bilboko Ordenantzetan bildutako aurreikuspenak, bakarrik bizi nahi duten emakumeak kontrolatzera bideratuak, "bere buruz ari diren" neskek, bada "aske bizitzetik likiskeria eta aldrebeskeria franko baitator". Ordenantza hartan gizon ezkonduen eta elizgizonen ohelagunak kanporatzea dekretatu zen, "bizitza lizuneko emakumeak" zirela-eta, ez baziren ere prostitutei erreserbatutako gaitzespen sozialera iritsi. Ikus, OSABA, E., "La actividad reguladora de los concejos y las mujeres consideradas sospechosas: en empleo de política de control de las costumbres en el siglo XVI", in: *Langaiak-I.P.E.S.*, 12. zenbaki monografikoa *Emakumea Euskal Herriko Historian* izeneko gaiari buruz, Bilbo, 1988, 53. or.

(8) SMART, C., "Rape: Law and the Disqualification of Women's Sexuality", in: SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, Londres/New York, 1989.

hartu nahi dena— argi uzten du emakume-pertsona emakume-gorputz sexudun izatera murrizten dela (9). Irudikapen maskulinoen unibertsoan, emakumea birtutetsu/zintzoa ala bi-ziotsu/ustela bezala definitzen duten kalifikatiboek erakusten digute sexualtasuna nahitaez femeninotasunarekin lotu nahi dela.

Transgresio sexualak dakarren kalte sozialari buruzko pertzepzioak eta horrek emakumeei dakarzkien ondorioak, mende askoan baldintzatuak egon dira unibertso sinboliko horren kariaz. Parametro horietatik abiatuta, ez da batere harritzekoa lege penalek epigrafe beraren multzoan sartzea emakumearen adulterioa —edo senarrak ohelagunen bat era nabarmenean mantentzea— bortxaketarekin, estuproarekin eta prostituzioarekin batera.

Marraztutako irudi hau, alderdirik traukilenetan bederen (10), gainditua dago gaur egun, zorionez, baina oraindik ere lehenagoko oihartzun batzuek bizirik diraute. Oihartzun horiek, gainera, oztopo izan ohi dira emakumearen autonomia onartua izan dadin, bai eta emakumearen beraren autokontzientziarako eta emantzipazio itxaropen legitimoetarako ere, izan ere pertsona bezala era autonomoan garatzeko eta bere tokia hartzeko aukerak murriztu nahi baitizkiete (11).

Une historiko bakoitzean lege penalak —antolamendu juridikoaren osagai bezala eta beren eskuhartze eremu mugatuan—gizartearen ordena desiragarritzat jotzen denaren gaineko printzipioen eta balorazioen ezinbesteko isla dira. Jakina denez, arau juridiko-penalen boterea ez datza debekaturiko egitatei aurrea hartzeko duten hertsapenezko indarrean soilik. Modu zoliagoan eta aldi berean erabakigarriagoan, bere eragina du errealitatearen interpretazioak, itxaropideak eta jokabide ereduak eraiki edo sendotzeko lagungarri diren

---

(9) SMART, C.-k dioenez, "Law's Power, the Sexed Body and Feminist Discourse", in: *Journal of Law and Society*, 1990, 17. zk. (2), 194. or. eta hurr., emakumea "gorputz sexudun" bezala ikustea, ezaugarritzat dituen erreproduzio eginkizunak izatea eta portaera sexualaren eredu jakin batzuei jarraitzea, eraikuntza kultural bat da, ustez "naturalak" diren rolen banaketari lotzen zaiona.

(10) Gure koordinatu kulturaletan alderdirik gogorrenak gainditu badira ere, oraindik indarrean daude, oso modu latzean egon ere, munduko hainbat eta hainbat tokitan.

(11) LEES, S., "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", in: LARRAURI, E. (elk.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madril, 1994, 17. or. eta hurr., 80ko hamarkadan 15-16 urteko neska talde batekin eginiko azterlan baten emaitzak aurkezten ditu. Bertan agertzen da emakumearen "ospaeren" gaineko ideiek bizirik dirautela, haien gizonezko kideekiko portaera sexualarekin lotuta, eta neskatila nerabeek barneratu dutela harako mezu hura, "ohorea" beharrezkoa delakoa, alegia.

---

diskurtsoak eta adierazpenak sortzeko. Doktrinaren adierazpenak eta jurisprudenziaren argudioak, arauak aplikatzerakoan, tresna indartsuak dira errealitate desberdinen gaineko pertzepzio kolektiboak modulatzeko (12).

Zuzenbideak alde batetik lehendik dagoenari eusteko joera erakutsi du betidanik baina beste aldetik trantsizio kultureko aroetan orientabide baloratibo berrien alde egiteko eta horiek sendotzeko ahalmena ere agertzen du. Dena den, legeen erreformak itzurakeria hutsean geldi daitezke baldin eta horiek aplikatzearekin batean doan diskurtso juridikoak ez badu bereganatzen aldaketen zentzua bultzatzen duen sakoneko oinarria, funtsean berdinkideagoa izango litzatekeen gizarte baterantz aurrera egitearen ikuspuntutik.

---

(12) Ez dute eragin txikiagoa desbiderazioaren edo delikuentziaren fenomenoak argitu nahi dituzten disziplinek. Kriminologiaren bilakaeraren fase desberdinetan, kriminalitate femeninoaren gaineko teoriak emakume delitugilearen "normaltasun/anormaltasunari" buruz asumitu diren usteen lagin bat izan dira. Kriminologia Kritikoa ere ez dago "androzentrismo zientifikoaren" salaketatik libre. Salaketa horiek egin izan zaizkie ahazten omen dituztenei genero eraikuntzek kutsatzen dituztela errealitatearen interpretazioak: ikus: GRANSEE, C./STAMMERMANN, U., "Feminismus und kritische Kriminologie. Oder: was kann eine sich kritisch verstehende Kriminologie von Feminismus lernen?", *Kriminologische Journal* 2/1991, 82. or. eta hurr.

## *Feminismoaren proposamenak delitu sexualen erregularazioan*

Delitu sexualen esparruan islatzen dira modu berezian genero adskripzioak gainditzeko eskariak. Hori dela-eta delitu horiek erregularatzeko moduari dagozkion irizpide politiko-kriminalak dira teoria feministen gogoeta eta eztabaidarako —edo borrokarako— eremu behinenak. Feminismotik datozkigun orientabideek erreformarako proposamen desberdinak eta maiz kontrako zeinukoak egiten dituzte (13).

Jendearen iritzitari bagagozkio, ezagunak dira egiten diren kanpainak delitugile sexualentzat eskatzen den zigorra eredu garri izan dadin, biktimak babesteko modua bailitzan; orientabide horrek dei egiten dio Zuzenbide penalaren eginkizun sinbolikoari, abusuen kontrako erantzun "gogorra" eskatzen denez gero, baina beste aldetik inplikaturako arazoan neurria hutsaltzen du. Harritzekoa bada ere, lege penal gehiago eskatzea bat dator "legea eta ordenaren" eskari demagogikoekin, zeinetan mantendu nahi den "ordena" eztabaidatzeari itzuri egiten baitiote eta indarra ematen emakumearen ahuldadeari buruzko estereotipoei eta gizonezkoen agresibitatezko joerari (14). Eredugarritasunaren eskariak berregiten dute dominaziozko eredu maskulinoekiko oposizioaren oinarrian dagoen sinbologia.

Posizio horien aurrean nabarmentzen da beste korrante bat, zeinen iritziz zuzenbide penala ez baita tresna egokia emakumeen gaineko abusuen iturri diren berdintasun-ez horietan eragina izateko (15). Abiapuntutzat hartzen bada erantzukizun penalaren sistema bertsio

(13) Orientabide desberdineko azalpen bat in: SMART, C., "The Women of Legal Discourse", *Social and Legal Issues: An International Journal* 1992 1, 29. or. eta hurr.; PITCH, T., "Violence sexuelle, mouvement féministe et criminologie critique" in: *Déviance et Société* 1989 V. 9. zk., 257 or. eta hurr.

(14) Ikus jarrera horien kritika SMART, C.-en, *Law, Crime and Sexuality*, Londres/Thousand Oaks/New Delhi 1995, 50. or. eta hurr.

(15) SMART, C. "Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law", (hasieran in: *Law, Politics and Society*-n argitaratua, 1993, 13, 37-54 orr.), eta *Law, Crime and Sexuality* izenburuko bere liburuan errepikatua, 213. or. eta hurr.: "... Zuzenbidearen boterea gaizki ulertu dugu eta aitortu behar dugu helburu batzuk lortzearen Zuzenbidera jotzearekin agian legitimatzen ari garela eguneroko egoera, zeinak gaur egun legitimitate gehiago ematen diola baitirudi diskurtso feministaren tankerako diskurtso alternatiboak azpiratzen dituen ezagupenen hierarkia jakin bati. Hala ere, defendatu ere defendatu nuen kalteen nolabaiteko kalkuloren bat egiten saia gintezkeela eta erabaki genezakeela nahiz eta erregularazio legala asebetetzeko modukoa izan ez, zenbait egoeratan, erabil zitekeen baliabiderik onena izaten ahal zela. Azkenik ere defendatu dut erregularazio legalaren eremuaz balia gintezkeela, erreformak eskatzeko baino gehiago genero esanahien gaineko eztabaida esparru bihurtzeko"; (...) Ez dut uste emakumeentzako "kalte" bat identifikatzen dugun aldiro horren kontrako lege bat eskatzen ibili behar dugunik. Baieztapen hau ulertzen bada bortxaketa deskriminalizatzekeo dei bat bezala, edo jazarpn sexuala bezalako baten aurrean ezaxolakeriaren modu purista bat bezala, hala biz."

---

maskulinoaren gainean eraiki dela —historikoki gizonak egin ditu legeak eta berak ezarri ditu interpretaziorako ereduak— ez zaio gaitasunik aitortzen emakumearentzat eraso sexualek duten esanahia adierazteko ez eta berdintasunezko soluzioak emateko ere. Eszeptizismo horren esparruan, feminismoaren korrente batek egiten duen aukera da delituaren aurrean beste motatako erantzunak bultzatzea, gatazken tratamenduan “femeninoztat” jotzen diren jarraibideetatik. Berdintasun-ezaren, elkartasunaren eta emakumeen arteko laguntzaren gaineko autokontzientzia sustatuz gero, horrek eragin handiagoa izango luke abusuen oinarrian aurkitzen diren eredu kulturalen aldaketan. Justizia penalaren sistemak, erantzukizun indibiduala finkatzera bideratua dagoenez, emakumeen kontrako eraso- en testuinguruari eta esanahiari itzuri egiten die (16).

Bi jarrera kontrajarri horien artean —modu eskematikoan azalduak— aldagai ugari dago, ñabardura inportanteekin. Oraingo honetan interesatzen zaizkigun ondorioetarako, legeriaren erreformarako irizpideei buruz, azpimarratzekoa dira Italian 80ko hamarkadan agertutako bi proposamen, arlo horretan kode penalaren erreforma izango omen zenari buruzkoak —nahiz eta gero erreforma hura zapuztua gelditu zen—. Bi proposamen haien helburua zen generoaren ohiko estereotipoak gainditzea, baina bide desberdinetatik. Lehenbizikoaren abiapuntua zen eskubideen berdintasuna eta proposatzen zuen emakumearen ustezko “ahuldadea” edo urragarritasuna bereganatzen duten “babes” arauak ken zitezela. Beraz, ontzat jotzen zuen sistema penala askatasuna eta berdintasuna babesteko, eta emakumeei, pertsona diren aldetik, egiten zaizkien eraso- en gaitzespen mezua indartzeko tresna egokia zela. Proposamen horiek eraso sexualeko delituak aldatzeko lege-

---

(16) “Zainketaren etikan” inspiratutako politika erantzun femeninoen ezaugarri izango litzateke eta erantzun horiek eredu maskulinoen gainean eraikitako sistema penala inspiratzen duten zigor premisen eta erantzukizunaren indibidualizazio hertsia- ren kontrakoak dira. Balizko “balore” femenino horiek onarpen maila ona izan zuten GILLIGAN, C.-ren *In a different Voice* obrari esker, Londres, 1982. Gaur egun, postmodernismo feministak emakumearen ikuspegi idealizatu hori kritikatzeko du, azken buruan genero eskemen erreproduktzioan ikustekorik baduelako, ikus: DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some Feminist Questions about Justice”, in: LACEY, N., *Criminal Justice*, Oxford 1994, 226. or. eta hurr.

proiektuan agertu ziren, baina, Parlamentua desegin zuten gobernu krisiak zirela-eta onetsi gabe gelditu ziren (17).

Beste ereduak, aitzitik, “desberdintasunaren politika” erreklamatzeko du, emakumeak, eraso sexualen biktima diren aldetik, ukitzen dituzten arazo horietaz arduratuko den politika. Bortxaketaren izaera sexuala eta sexista argi utzi nahi da, gutxietsi behar ez den ezaugarri bat delako, eta ez da alderatu behar pertsonen kontrako beste eraso batzuekin. Eredu maskulinoetan eraturako zuzenbide penalak sortarazten dituen mesfidantzak eramatean ditu alderdi batek eskatutako zehapena defendatzera, emakumeak, bere egiazko interesen arabera, erabakiak hartzeko behar duen autonomia indartzeko espediente den aldetik. Aldi berean, lehentasuna ematen diote menpekotasun egoerak desegiteko biktimari laguntza eta orientabidea eskaintzen eta haren autoestimua eta autonomi guneak bultzatzen dituzten emakumeen elkarteak sustatzeari (18).

“Berdintasunaren politikan” oinarritutako ereduak baliabide penala hautatzen du delituen larria adierazteko modu gisa, horren botere sinboliko eta hertsatzailearekin. “Desberdintasunaren politikatik”, aldiz, uste da sistema penala ezin daitekeela “neutrala” izan, ezta nahita ere; biktimaren benetako beharrak bete gabe uzten dituela eta horren ikusmen mugatuan emakumeen kontrako eraso sexualen fenomenoaren azpian funtsezko arazoak ezkututzen direla.

Aukera hauetako bakoitzak estrategia diferentearen aldeko apostua egiten du helburu berbera lortu nahian. Berdintasunaren politikak Zuzenbide penalak eraso sexualak gutxitzeko

---

(17) Proiektu italiarraren eta haren gorabehera guztien aipamen zabala in: PITCH, T., *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milan 1989, 204. or. eta hurr. Bortizkeria sexualaren kontrako Kode Penalak aldatzeko proposamena, 300.000 sinaduraren abala zuena, 1979an aurkeztu zen Italiako Parlamentuan. Bertan errebindikatzen ziren ofizio bidezko zehaztapena eta delitu horien salaketak jartzeko emakumeen taldeen edo elkartearen zilegitasuna. Proposamen hura, geroago Lege-proiektu bihurtu zena, Parlamentuan eztabaidatu eta hainbat transakzio eginagatik, azkenean, Gobernu aldetak zirela medio eta Parlamentua desegin zenez gero, ezin izan zen Lege bihurtu. Proiektuari hainbat ihardespene egin zitzaizkion feminismoaren beste korrante batzuen aldetik, zeinek, aitzitik, alderdi batek eskatuta delitua zehapenaren xede izan zedila eskatzen baitzuten, bide penalaren izaera subsidiarioa defendatuz. Erantzun egokiena, jarrera horien arabera, biktimari laguntza emateko proiektuetan datza, elkartasunaren eta “zaintzetaren etikaren” filosofiaren barruan, komenigarriagoa delako emakumearen emantzipazioaren arloan eta emakumeek gatazkaren aurrean omen dituzten pertzepzioekin eta erreakzionatzeko moduekin konformeago dagoelako.

(18) Ikus: PITCH, T., *Responsabilità limitate*, op. cit. 220. or.

duen hertsapenezko boterean konfiantza izateko deia egiten du. Proposamen horren alde agertzen dira talde sozial eta politiko gehienak. "Desberdintasunaren politikak", ordea, epe luzeko lanaren aldeko apostua egiten du, emakumeen kolektiboen inplikazioaren bidez kontzientziazio kulturala lortzearen alde. Zuzenbide penalari dagokionez, horien proposamena da "zuzenbide penal gutxiago" izan dadila, horrenganako mesfidantza erakutsiz, eta errealitateari gehiago atxikitzea. Indukziotik eta errealitate sozialari erreparatetik, sustatu nahi da gogoeta egiteko premia, menpekotasunik gabeko emakumearen nortasun bat berreraikitze eta zuzenbide "maskulinoak" orain arte eskaini dituen proposamenak ez bezalakoak prestatzeko (19).

Gure nazioan ez da Italian izandako eztabaidaren antzekorik gertatu. Zuzenbidean "generoari" buruzko diskurtsoa, funtsean, zuzenbidearen filosofiaren eta soziologiaren esparruan zokoratuta dago. Eratu berri den demokraziaren historian berdintasunean oinarritutako bermadura juridikoak indartzea, abiapuntuko formazko aldarrikapen gisa eta horretarako baldintza materialak eskuratzeko helburu gisa, ezinbesteko errebindikazioa da. Horregatik, azpimarratu behar da hori bateragarria dela desberdintasunak aitortzearekin eta berreraikitze kontzeptuala parametro ez-sexistetatik erdiesteko zereginarekin (20). Nire ustez, aukera horrek laguntzen du askatasunaren alderantz orientatzeko, eta kodearen aurreikuspenen interpretazioa eta aplikazioa ikuspuntu ez-sexistetatik egiteko erreklamazioari ez dio inolako oztoporik jartzen.

Postmodernismoaren ildoan, teoria feminista berrienak eraiki direnean tresna penalaren aurrean (21) mesfidantzak mantendu dira. Baina, aldi berean, berdintasun-ekak gainditzeko

---

(19) "Desberdintasunaren feminismoaren" gaineko azterketa kritiko interesgarri baten bidez baloratzen da eredu horrek bestelako "desberdintasunen" aniztasuna ulertzeko eredu estensibo gisa duen ahalmen eraikitzailea, ikus: GIMÉNEZ MERINO, A., "Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1992, 181. or. eta hurr.; 183. or.: "emakumeen errealitatea gizonekiko menpekotasuna izan da. Hortaz, emakumeek pentsa dezakete mundu desberdin batean berariazko nortasunik izan gabe? Hortxe kokatzen da desberdintasunaren filosofia: emakumeak beren kabuz eta beren bizipen espezifikoekin pentsatzen duten norbanakoak izaten diren heinean, munduan beren bidea egiteko gai izango dira, "bestearen" nortasunari atxiki beharrik gabe".

(20) Ikus: BARRERE UNZUETA, M.A., "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista?", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1992, 75. or. eta hurr.

(21) Ikus: SMART, C., "Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law", in: SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, op. cit., 212. or. eta hurr.; LARRAURI, E. (elk.) *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madril 1994, 99. or. eta hurr.; BEIJERSE, J./KOOL, R., "La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", in: LARRAURI, E. *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 162. or.

itxaropena emango luketen erantzun-eredu zehatzak emateari uko egiten diote. Abiapuntu gisa aitortzen dute egoerak eta baldintzak anitz direla, hala gizonetan nola emakumeetan, izan ere, kultura, historia, klasea edo arraza bezalako elementuak gurutzatzeak eragotzi egiten du errealitate baten eredia edo definizioa orokor egiteko asmoa (22). Gizonari dagokionez ez dago bat eta bakarra den prototiporik, ezta ere emakumeari buruz bat eta bakarra den ideiarik. Gizona-emakumea bezalako eskematizazio bipolodunak, hala generoaren ohiko eraikuntzetan nola eraikuntza feministetan, egiazko aniztasuna estaltzen du. “Erantzun” ideala izan nahi duten proposamenen aurreko eszeptizismoak ez du, hala ere, edozein proposameneri uko egitea esan nahi. Oraingoz behintzat, adierazi da zuzenbidea eta haren diskurtsoak aztertzen segitu beharra dagoela, berdintasun-ezaren eta menpekotasunaren sortzaile diren egiturak eta mikrobotereak birsortzen dituzten aurreiritzi implizitoak azaleratu eta ezagutarazteko.

Smart-ek adierazten duenez, tresna juridikoak hagitz egokiak dira legean birsortutako genero adieriek azaleratu eta haiei erantzuteko eta diskurtso maskulinoan finkaturiko aurreiritzi sexuatuaren eraketa galarazteko. Eta horixe da, hain justu, deseraiki daitekeen boterea, errealitate anitza hobeki ulertzearen eta autodeterminazio pertsonala gauzatzea oztopatzen duten generoaren kode kulturalak betikotu ez daitezen (23).

Legeak aldatzen diren unean oinarrizko zeregina da hori, baldin eta lege zaharren aldaketarekin batera diskurtso zaharrak baztertu nahi baditugu. Arauak interpretatzeko moduan estereotipoak identifikatzea aurretiko urratsa da gainditu nahi diren eskemak ezkutuan gera ez daitezen. Esate baterako, indarkeriazko eraso sexuala hain da delitu basa, ezen eraso horien multzoan arau-hausterik larriena izango dela beti. Baina legez kanpoko jokabide horren larritasuna argitu nahi bada, dagoeneko ezin da emakumearen “ohoreari” laido egin zaiola esan, baizik eta harreman sexuala libreki aukeratzeko berdintasunaren babesaren parametroak erabili beharko dira hemendik aurrera. Izan ere, azken urteotan jurisprudentziak izan duen bilakaeran orientazio aldaketa bat sumatzen da alde horretatik.

Premisa hauetatik abiatuta, duela urte batzuetara arte gure nazioan indarrean egon zen delitu sexualei buruzko erregulazio tradizionalaren eta 1995eko kode penalak dakartzan berrikuntzen artean dauden puntu kontrajarriak azpimarratu nahi ditut.

---

(22) Ikus: SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, op. cit., 45. or. eta hurr., bertan agertzen ditu feminismo post-modernoaren abiapuntuak eta, berak dioenez, ez da beste korrante batzuen sintesia eta gainera horren asmoa ez da beste jarrera batzuen akatsak gainditzea; “post-feminismoaren” muina “ikuspegi orokorraren” ideia arbuizatzean datza, eta beraz, haren asmoa ez da “egia feminista” bat finkatzea, aitzitik, hori baino apalagoa denez ez du besterik nahi “egia” jabe izateko gururiak “deseraikitzea” baino eta “egia” inposatzeak, beste errealitate batzuk ezkututzen dituelarik, berekin dakartzan ondorio boteretsuak aztertzea.

(23) SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, op. cit., 217. or. eta hurr.

3.

*“Onestasunaren” tutoretza,  
generoaren estereotipoen  
adierazgarri: 1848ko Kode  
Penala eta gure egunotara  
arteko iraupena*

1996ra arte bere lerro nagusienetan bizirik iraun duen Kode Penalak, funtsean, duela mende eta erdi, kodetze garaian ezarritako jarraibideei eusten zien. 1848ko kode penalean “Onestasunaren kontrako delituak” izenburupean biltzen ziren moraltasun sexualari zegozkion delitu multzo batzuk. Lehenik eta behin, adulterio eta ohaidego delituak. Bigarren multzoan, bortxaketa, emakume batekin “koittoa izatea” bezala definitua, ondoko hiru kasuetan: a) indarkeria eta larderia erabiltzen zenean; b) biktima adimen gabea zenean; c) emakumezkoa 12 urtetik beherakoa zenean. Hiru modalitate horien bitartez ezarri da bortxaketaren definizio juridikoa, mende eta erdian espainiar Zuzenbide penalean indarrean egon dena. Ondoren, hirugarren kapituluan jasotzen zen 23 urtetik beherako dontzeilaren estuproa eta adin txikikoen prostituzioa edo galbideratzea (24), eta azkenik bahiketa delitua, lizunkeriazko xedearekin. Xedapen arruntetan agertzen zen laidotuak edo haren ordezkariak

---

(24) 1848ko Kode Penalak bakarrik zigortzen zuen adin txikikoen prostituzioa edo galbideratzea kasu hauetan: 357. art.: “Ohituraz edo aginteaz nahiz konfiantzaz baliatuta adin txikikoen prostituzioa edo galbideratzea bultzatzen duenari, beste baten nahia betetzeko asmoz, zentzabidezko presoaldiaz zigortua izango da” (7 hilabetetik 3 urtera arteko kartzela). Helduak prostituitzen laguntzen duenari zigorra jartzea askoz beranduago gertatzen da, XX. mendearen hasieran; lehenbizikoan eskandalu publikoko delituen artean sartu zen, eta ez horren aspaldi, 1963an alegia, aparteko kapitulu bat osatzera pasatu zen, modu nahasian eta erruz prostituzioari laguntzeko ekintza mordo bat bildu zuena, garai horretako gurutzada abolizionisten ikurraren azpian. (Ikus: LIDON CORBI, J.M., “La regulación de las conductas relativas a la prostitución”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 1984ko urtarrila-otsaila, 9-55 orr.). 1995eko Kode Penal berriak indargabetu zuen, azkenean, moralkeriazko erregulazio hura, eta bakarrik inkriminatzen da adin txikikoen eta atzeratuaren prostituzioa bultzatzea, eta helduen prostituzioari dagokionez, hertsapen, engainu edo nagusitasunaren abusua eta beharra bezalako kasuak.

salaketa jarri behar zutela, edo bestela fiskalak, biktima pertsona ezgaitua baldin bazen (25). Bestalde, aurreko ohiturei jarraikiz, ezartzen zenez “iraintzailea zigorretik libratuko da baldin eta irainduarekin ezkontzen bada”.

Arlo honetan, 1848ko Kode Penalak neurri handi batean biltzen zituen Antzinateko Erregimeneko legeriaren jarraibideak, Partidetan eta Legeen Bilduma Hagitz Berrian agertzen zirenak. Kodetze lana aurrerapen nabaria izan zen antzeko delituen ordenatze eta bateratzeari bezala jokabide deliktiboen deskribapen zehatzari eta argiari dagokienez, baina delitu horien esanahian funtsean aurreko irizpideen jarraipen bat agertzen da (26).

Laburtuz, interesgarria da azpimarratzea erregulazio horren alderdirik nabarmenenak. Lehenik eta behin, hain desberdinak diren jokabideak “onestasun” errotulo pean biltzeak adierazten du kontzeptu horrek duen antolakuntzako izaera ezkontzako ordenarekin —adulterioa— edo familiako obedientziarekin —bahiketa—, edo “ohitura onekin” —eskandalu publikoa— lotzen diren itzaropideak definitzeko, doktrinak mende honen hasieratik kritikoki azaltzen zuen bezala (27). Begibistan gelditzen da “moral sexuala” deitzen den hori hertsiki lotzen zaiola emakumea familiburuaren, senarraren edo aitaren babespean eta horien erabakien menpe egon beharrari. Emakumearen onestasuna babestearen izenean, funtsean, familiako ordenaren eta sexuaren araberako rolen banaketan oinarritutako ordena sozialaren arau-haustea babesten da. Xedea zen “moral eta ohiturak” gerizatzea, Pachecok orduan adierazten zuen bezala, “moral eta ohiturak familiaren zedarriak, gizartearen funtsa dira-eta” (28).

Ikus ditzagun orain gaingiroki bada ere “onestasunaren kontrako” delituen alderdi batzuk.

- **EZKONTZAKO DESLEIALTASUNA:** senarra izan ala emaztea izan arrunt modu desberdinez hartzen zen desleialtasuna eta horretan nabari zen “familiarren eta moralaren” arloan bakoitzari esleitzen zaizkion rolen arteko diferentzia. Emakumearen adulterioa gauzatzeko

(25) 1848ko Kode Penaleko 358. artikulua eta hurr.

(26) PACHECO, J.F., *El código penal comentado y concordado*, III. lib., Madril 1849, 108. or. eta hurr. Bertan berragertzen da Antzinateko Erregimeneko legeriarekin bat datorren araudia, irizpide haien oinarritzko jarraipenaren irakurketa adierazgarria.

(27) Horrela, JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, II. lib., Madril 1929, 217. or., orduan indarrean zegoan 1928ko Kode Penala aipatzean (Primo de Riveraren diktadurapean onetsi zen kode hura eta hiru urteko indarraldia izan zuen soilik), agertarazten zuen multzoketa hura ez zela egokia eta proposatu zuten delituak titulu desberdinetan bana zitezela.

(28) PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*, III. lib., op. cit. 107. or.

aski zen koitua behin bakarrik egitea, eta horren zigorra hagitz handiagoa izaten zen senarraren "ohaidego" deliturako aurreikusitakoa baino. Honentzat, adulterioa ez zen delitua izaten harik eta iraunkor bihurtzen zen arte, edo maitalea —"ohelaguna"— ezkontzako etxean mantentzen bazuen "edo etxetik kanpora baina eskandaluarekin" (29). Duela gutxi-  
ra arte —1978— adulterio eta ohaidego delituen artean egiten zen bereizkuntzak modu horretan iraun du, "onestasunaren kontrako delituen" multzoan kokatuta. Emaztearen adulterioak ezkontzaren ondorengo legitimitateari ekar zitzaikeen arriskua zen bereizkuntza haren aitzakia, Pachecok bere garaian adierazten zuen bezala. Ondorio horri atxikitzen zaio familiako ordenan emakumeak duen eginkizun zentrala.

"Emakumea da familiaren zentroa, gizona burua den bezala. Hura falta bada ezkontza-sozietatea suntsitu egiten da, eta bigarrenaren kasuan arazoak sortu bai baina ezin du suntsitu. Emazte desleialak bidegabeko eskubideak ematen ditu, senarrak eman ez ditzakeenak. Emazte desleialak lokarri guztiak desegiten ditu, beste ezein desleialtasunek era horretan ezin desegin ditzakeenak" (30).

---

(29) Emazteari adulterioagatik jartzen zitzaion zigorra (harekin oheratzen zen gizasemari ere jartzen zitzaiona) 4 urtetik 7ra arteko kartzela izaten zen; eta "ohelaguna" mantentzen zuen senarrari, ordea, 7 hilabete-tik 3 urtera artekoa (1848ko kode penaleko 349-353 bitarteko artikuluak).

(30) PACHECO, J.F., *El código penal*, op. cit., 113. or.; aurreko leerroaldean zera adierazten zuen, argudioaren lerro beretik abiatuz: "Moralaren ikuspegitik erru baten eta bestearen arteko diferentzia ezin da saihestu. Baina zuzenbidearen aldetik diferentzia hori are nabariagoa da. Beraz, baten batzuek esan nahi izan duten bezala, ez da bidezkoa legeak gizonezkoek eginak direla esatea; arrazoi horregatik dator, ezen batean eta beste ezaugarri desberdinak daudela, ondorio desberdinak". Horrelako argudioak aurkitzen ditugu *Partidetas, VII. Partida, 1. Legea, 17. tit.*: "E esto tuvieron por derecho por muchas razones. La primera, por que del adulterio que faze el varon con otra mujer non nace daño, ni deshonrra á la suya. La otra, por que del adulterio que faze su mujer con otro, finca el marido deshonrrado, recibiendo la mujer á otro en su lecho; é demas, por que el adulterio della puede venir al marido grand daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia á la mujer del adulterio que el marido fiziesse con otra: é por ende, pues que los daños é las deshonrras, non son iguales, guisada cosa es, que el marido oya esta mejoría, é pueda acusar á su mujer del adulterio, si lo fiziere, élla non á el; é esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juizio de santa iglesia non sería assi." (sic). Hau da: ("Eta zuzenbidezkoa zen hori hainbat arrazoiengatik. Lehenbizikoa, gizasemeak beste emakume batekin eginiko adulterioagatik ez datorkiolako kalterik ez desohorerik haren emazteari. Bestea, emazteak beste gizon batekin eginiko adulterioaren ondorioz senarra desohoraturik gelditzen delako emazteak bere ohean norbait onartzen duenean; eta gainera, emaztearen adulterioak senarrari kalte handia lekarkiokeelako. Suertatuko balitz adulterio-kide izan zuen gizonaren haurdun gelditzea, ume borta beste seme-alabekin batean oinordeko zatekeen; eta hori ez zitzaikeen gerta emazteari senarrak beste emakume batekin eginiko adulterioagatik. Beraz, kalteak eta desohoreak berdinak ez izanik, bidezko da senarrak abantaila hori izatea eta zilegi da emazteari adulterio-salaketa jartzea, halakorik egingo balu, baina ez emazteak senarrari; eta hau lege zaharretan dago ezarria, nahiz eta eliza santuaren iritziz ez lukeen horrela izan behar").

---

Argudio horiek jurisprudenzian aurkitzen ditugu duela bi hamarkada arte. Senar desleialak ezkontzaz kanpo izandako seme-alabengatik zetozen arazoak ez zegozkion senarrari, eta guztiak emakume ohaidearen gain gelditzen ziren, eta horrek ez zien gizonezkoei ohorea kentzen. Delitua izateko nahitaezkoa zen ohaidegoa eskandaluarekin izatea edo ezkontideen etxe berean, orduan, figura horiek Kodean irauñ zuten bitartean jurisprudenziak adierazten zuten bezala, emazte errugabeari laido soziala egiten baitzitzaion.

- **BORTXAKETA:** delitu honen definizioan 1848ko Kode Penalaren aurreko tradizioetik aldendu egin zen. Aurreikuspen bakar batean batu zen eta zigorrarekin ezartzen zitzaion edozein emakume, haren egoera edozein zela ere, indarka koitoa egitera behartzen baldin bazen. Hori aurrerapena izan zen alderatzen badugu Partidetako legeetan bereizkuntza egiten zela emakumearen egoeraren arabera: “ospe oneko alarguna edo birjina edo ezkondua edo erlijiosoa “bahitu” edo indarka koitoa egitera behartzea heriotz zigorrarekin zehatzen zen; beste motatako emakumea koitoa egitera behartzeak ez zuten zigorrarekin, baizik eta “epailearen nahierara uzten zen; aintzakotzat hartuz nor zen bortxaketa egin zuena, nor emakume bortxatua, eta noiz eta non gertatu zen” (31).

Kasu larrienen tratamendu bateratuaren irizpideak eramaten zuten zigorrarekin jartzera indarkeriaz koitoa egitera behartzen zenean (“bortxaketa osoa”) eta onartutako koitoa, biktimak 12 urtetik beherakoa edo adimen gutxituko emakumea zenean (“bortxaketa ez-osoa”). Izen bera eta zigorrarekin indarraren bidezko bortxaketari eta bortxaketa ez-osoari jartzeko irizpide horrek 1995eko Kode berrira arte iraungo du, mende eta erdi alegia. Duela gutxi, 1989ko erreformarekin sartu zen funtsezko berrikuntza handi bat, bortxaketaren definizioa zabaldu zenean, bertan sartu zelarik uzki eta aho bidezko penetrazioa, eta delituaren subjektu pasibo bezala emakumeak ezezik gizonak ere sartu zirenean.

Aipatu erreformara arte, hots, 1989ra arte, delitua onestotasunaren ikuspegitik hartzen zenez gero, horren jurisprudenzia murrizgarria zen bortxaketatzat har zitekeenari zegokionez. Baldintza gisa “bortizkeria edo larderia” egon behar zen, hau da, delitua izateko biktimak bortxatzaileari aurka egin beharra zuten. Emakumeak erresistentzia jarri izana frogatzeko, gorputzean utzitako markak, pasiozko eraso txiki eta erotizatzaileak, —adibidez “vis grata puellis” hura, jurisprudenziak bortxakeriazko frogatzat onartzen ez duena—, ustez eta gortiatze sexualean ohikoak zirenak libidoa iratzartzekoak (emakumearena, jurisprudenziak

---

(31) VII. Partida, 3. Legea, 20. tit.

dionez) baino zerbait gehiago erakutsi beharra zegoen. Frogaldiko pairamen hark emakumea bi aldiz biktima bihurtzen zuen, baldin eta nahikoa erresistentzia jarri zuela erakusteko bortxakeriaren marka aski nabaririk erakusten ez bazuen. Izan ere, larderiaren azpian burututako bortxaketaren ordaina absoluzioa izaten zen baldin eta emakumeak amore ematen bazuen erasotzaileak larriki zaurituko zuelako mehatxua bete aurretik (32).

Testuinguru honetan, "bizitza txarreko" emakumeak, edo ohitura lizuneko ospea zutenak, ez ziren bortxaketa baten balizko biktimatzat onartzen, uste baitzen bazutela joera tratu sexualak erraz onartzeko. Legeak ez zituen bereizkuntzarik egiten —puntu honetan lege zaharretik aldentzen zen— eta horregatik, teoriarik behinik behin, onartzen da prostituta ere babestua dagoela. Alabaina, Pacheco-k aipatzen zuen bezala, emakume lizunari buruzko kontrajarpen baloratiboa eta hura bortxatzeagatik zigorra arintzea aipatzen dira: "Legeak modu berdinean babestu behar al ditu eroldi basa horietatik prostituta bat eta dontzeila bat, lizunkerietan bizi dena eta bere haurrak etxean tentuz hezitzen dituen?" (33). Izan ere, garai hartako kode batzuetan emakume publikoa bortxatzeagatik zigor arindua agertzen zen (34). Ohitura "lizuneko" emakume baten bortxaketa askatasunaren kontrako erasotzat bakarrik har zitekeen, eta horregatik onestasuna urratzea baino arinagoa izaten zen (35). Askatasuna ez zen behinere izan emakume ondraduen ezaugarri bat.

---

(32) Gaur egun jurisprudenziak ez du onartzen emakumeari eskatzen zitzaien "erresistentzia" ia heroiko hura sostengatzen zuen doktrina, baina oraindik ematen diren ebazpen batzuetan sumatzen da "erresistentziaren" teoria hura errepikatzen duten larderiaren interpretazio murrizgarriak bizirik dirautela Ikus: SUAY HERNÁNDEZ, C., "Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación" (1991ko urtarrilaren 16an Auzitegi Gorenaren 2. Sailak emandako epaiaren gaineko iruzkina. "Alfilerraren" kasua)", in: *La Ley*, 1991, 2. zk. 1062. or.

(33) PACHECO, J.F. *El código penal comentado y concordado*. III. lib. Madril 1849, 132. or.

(34) Horrela, napoliar kode penalean —beste hainbat europar kode penalen eredu izan baitzen, 1848ko espainiar Kode Penala barne— kasu horietan gradu bat edo bitan arintzen zen zigorra. Espainiako lehenengo Kode Penalak, 1822koak alegia, zeinak hilabete batzuk baizik ez baitzuen iraun, horrelakoetan zigorra erdira jaisten zuen; Primo de Riveraren diktadurapeko 1928ko Kode Penalak ere irizpide berari jarraitzen zion.

(35) Argigarria da 1927. urtean Kodetze Batzordeak ematen zuen esplikazioa (geroexago, Primo de Riveraren diktadurapean 1928ko Kode Penala izango zena aurkezterakoan) prostituta baten bortxaketa bereizirik zergatik tratatzen zen justifikatzeko. Figura hartan adierazten zenez "zigorra nabarmen arintzen da, bada, emakume ondraduen bortxaketak, onestasunaren eta askatasunaren kontrako delitu bikoitza den bitartean, prostitutaren bortxaketaren kasuan askatasunaren kontrakotzat bakarrik hartzen ahal delako" (Ikus: *Comisión de Codificación, Sección 3ª, Proyecto de Código Penal, 1926-1927*, 26. or.).

Jurisprudenzian onartu izan da prostitutaren bortxaketa, baina 80ko hamarkada arte arras gutxi dira alde horretako ebazpenak. Kasurik gehienetan bortxakeriarekin batera doan basakeria dela dirudi kondenen determinatzailea, batez ere bortxaketarekin batera erailketa izaten den kasuetan (36). Doktrinak gehiengoz defendatu prostitutaren babesa bortxaketaren aurka. Aitzitik, esate baterako Jiménez de Asúak defendatzen zuen onradua ez zen emakume baten kontrako eraso sexuala hertsapenezko delitutzat baizik ez zitekeen har (37).

Era berean, ez zen onartzen ezkontideen bortxaketa. Kode penalak ez zuen delitu hori aipatu ere egiten, eta beste nazio batzuetan, aldiz, bortxaketaren eremutik espreski baztertzen da. Dena den, baztertze hori "onestasuna" hitzaren esanahiagatik beragatik erortzen zen. Senarrak "ezkontza gauzatzeko" erabilitako bortizkeria ez zitekeen inola ere emaztearen onestasunaren kontrako erasotzat har: emaztearen birtutea horretan zetzan, erabilpen sexuala senarrari eta ez beste inori oparitzean, hain justu. Bortizkeria frogatzen baldin bazen, gehienez ere lesio-delitutzat hartzen zen, eta hertsapenezko delituagatik sakaketa batek aurrera egitea ia ezinezkoa izan ohi zen, eta hori, afektatua sakaketa jartzera ausartzen zenean (38).

Ezkontzako eginbiderako eskubidea erabiltzea egitatearen juridikotasunaren kontrako salbuesletzat hartzen zen, salbu eta inguruabar batzuegatik —hala nola, gaisotasuna kutsatzeko arriskua, emaztearen ahuldadea edo osasun arazoak izatea, "contra naturako" jardunak eskatzea...— emazteak uko egiteko eskubidea zuenean (39).

Bortxaketagatik aurreikusitako zigorra, hasieran, hilketarako aurreikusitakoa baino larriagoa zen (40), baina geroago, eta 1995eko egungo Koderako arte, hilketarako bezalako zigorra mantendu zen (12 urtetik 20ra bitarteko kartzela).

(36) Adibidez, Auzitegi Gorenaren 1992ko otsailaren 27ko epaia.

(37) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El criminalista*, 2. seriea, III. lib., Buenos Aires 1960, 137. or.

(38) Ezkontza barruko bortxaketaren ezinezkotasunaz eta jokabide hori askatasunaren edo integritate fisikoa-ren kontrako delitu orokortzat hartzearen posibilitateaz, ikus: GIMBERNAT ORDEIG, E., "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria", *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 1969, 507. or. eta hurr. (Egile beraren *Estudios de Derecho penal*, izeneko lanean errepikatua, 2. arg., Madril 1981, 246. or. eta hurr.)

(39) Doktrinan jasotako posturen bilduma bat kontsulta daiteke in: SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, op. cit., 286. or.

(40) 1848ko Kode Penalaren 354. artikuluan bortxaketagatik "aldi baterako katea" ezartzen zen, 12 urtetik 20ra bitartekoa, hilketagatik ematen zen "aldi baterako kartzelarena" bezalakoa, baina kondena betetzeko modua gogorragoa zen, denbora guztian kateaz lotuta egon behar zutelako eta lan "gogorrenak eta nekezenak" egitera behartuak. (1848ko k.p.aren 95. art. eta hurr.)

---

Sinbologia hartatik —zeinetan bortxaketa onestasunaren galera bezala eta galera hura emakumearentzat erremediorik gabeko ezbeharra bezala hartzen baitzen — esplika zitezkeen zigor parekatze hura. Hartzen bada abiapuntutzat biktimaren askatasuna eta duintasuna ukitua gertatzen dela eta intimitate sexuala iraindua, zigorrari dagokionez ez da justifikatzen hilketarekin parekatzea. Sexu harremanetan segurtasuna eta erabakiak hartzeko eskubidea urratzeak biktimari dakarkion kalte soziala jokabide horren larritasunaren balorazioan integratu behar da, baina elementu hauek guztiek ez dute biktimari bizia nahita kentzea bezain besteko pisua izan behar. Erasoaren ondorioz biktimari lesioak egiteak, edo kasurik latzenez, heriotza emateak, berekin dakar lesio edo hilketa (edo erailketa) delitua-gatik zigorra, eraso sexualagatik ezartzen denari eransten zaiona.

- **ABUSU DESONESTOAK:** emakume bat indarka erasotzea, baina koitora iristeko asmorik gabe, “ahalkearen kontra erasotzea” zen. Ez bazen “conjunctio membrorum” delakoa gautzen, emakumeak bere birtute preziatua salbatutzat jotzen zuen, eta haren lotsa baizik ez zen ukitua gertatzen. Horren zigorra bortxaketa baino dezente txikiagoa da: 6 hilabete eta egun bateko kartzela, gutxienez, bortxaketarentzat 12 urte eta egun batekoa den bitartean. Jokabide horren deskripzio orokorrak: “era desonestoan sexu bateko nahiz besteko pertsona bati abusu desonestoak egiten dizkionak”, multzo berean sartzen zituen bortizkeriazko eraso eta bortizkeriarik gabeko egintza lizunak egitea 12 urtetik beherako adin txikikoei edo adimen gutxituko pertsonari. Era berean, intentsitate desberdineko abusuak parekatzen ziren, hasi zirri lizunetatik eta uzki bidezko penetrazioak arte. Gizonezkoen kontrako eraso sexualak —bortizkeria edo larderia medio, edo biktima adin txikikoa nahiz ezindua izanik— “abusu sexualaren” figura horretan biltzen dira, eta horixe da gizonezko biktimei buruzko aurreikuspen bakarra.

Gure garai hauetara arte (1989ko erreforma) ez dira indarkeriazko abusu sexuareko modalitate batzuk benetako bortxaketa bezain larritzat joko.

- **ESTUPRO DELITUAK:** figura horietan errepikatzen dira behialako legeriaren aurreikuspen batzuk, etxeko bizikidetasunaren eremuan ezkontzaz kanpoko sexu harremanak zehatzen zituztenak.

Lehenbiziko modalitatea, “prebalimenduzko estuproa” 23 urtetik beherako dontzeila batekin egiten zena zen, neskekin halako itzal edo hurbileko harreman bat izan zezakeen pertsona batek egina (agintari publiko, apaiz, tutore, morroi...). Estuproa da biktima lilurtuz edo haren gaineko itzalaz baliatuz, harekin haragizko harremana izatea. Duela gutxi

arte jurisprudenzian irakur zitekeenez, emakume ondradu batek ez du ezkontzaz kanpoko sexu harremanik onartzen ez bazaio era horretan behartzen. Hori dela-eta:

“Delitu honen ezaugarria da 12 urtetik gorako eta 23tik beherako dontzeila batek onartzen duela gizon batekin koitoa egitea, errespetuzko beldurragatik, haserre ez dadin edo iruditzen zaiolako bestela zor dion begirunea ukatzen diola, dela agintaria, dela apeza izateagatik, dela harekin dituen bizikidetasun, zaintza edo hezkuntzako harremanengatik” (41).

23 urtez beherako emakume ezkongai “dontzeila” —birjina— eta jokabide ondradukoa izatea ziurtzat jotzen zen, kontrakorik frogatzen ez zen bitartean (“iuris tantum” presuntzioa) (42). Estupro egileak iraindutako neskari dotea eman behar izaten zion, emakume desfloratuaren balio gutxitzearen kaltea nolabait konpentsatzeko.

Beste modalitate bat zen “engaino bidezko estuproa”, hasieran 23 urtetik beherakoentzat aurreikusia. Kasu horiek, praktikan, gezurrezko ezkontitzak izaten ziren. Epai ugarian adierazten denez, kasu horiek engainu larritzkoak ziren, bada, “gizarte harremanen ordena moralean, ezkontzeko promes formala baino pizgarri bortitzagorik ez dago emakumearen berezko onestasuna gainditzeko” (43).

Intzestuzko estuproa, arrebarekin edo ondorengo ahaide batekin burutzen dena, hirugarren modalitatea da (44), zeinek errealitate soziologiko guztiz diferente baten aurrean jartzen baikaitu. Joan den mendeko legelariak hautsi egin zuen antzinako tradizioa, intzestua herexiako krimenez jotzen zuena, eta larritasun apalagoko delituen artean sartu zuen. Erabaki hori garaiko iruzkingileek goraiatu egin zuten. Intzestuaren tabuaren inguruko kontsiderazioak gainditu ondoren, gau egungo iritzia da ahaidetasun harremanez baliatzen den abu-

---

(41) Auzitegi Gorenaren 1959ko ekainaren 30eko epaia (Erreferentzia, Aranzadi 2692).

(42) Ikus: Auzitegi Gorenaren 1954ko azaroaren 8ko epaia (Erref. Aranzadi 2455).

(43) Auzitegi Gorenaren 1944ko maiatzaren 1eko epaia (Erref. Aranzadi 618).

(44) 1848ko Kode Penalean intzestuzko estuproa, arrebarekin edo ondorengo ahaide batekin eginikoa, delituzat jotzen zen emakumea 23 urtetik gorakoa izan arren. Arlo honetan 1978an egin zen erreforman, biktimaren adina 18 urtera jaitzi zen, hala intzestuaren nola prebalimenduzko estuproaren kasuetan, eta engaino bidezko estuprorako 16 urtetan finkatu zen. 1978ko erreforma hartan, subjektu pasibo bezala emakumea aipatzea kendu egin zen eta horrela gizonetzkoa ere estuproaren biktima izan daitekeela jaso zen.

su sexuala familiaren esparruan errespetu eta tutoretza itxaropideei huts egitea dela, bereziki adin txikikoei dagokienez (45).

Onestasanaren kontrako delituen multzotik at, 1848ko Kode Penal hark zehatzen zuen, "enplegatu publiko batek" ebatzi beharreko arazoak dituen emakume baten kontra, gaur egun jazarpen sexuala deituko genukeen egintza. Figura horrek gaurdaino iraun du, funtzionarioek eginiko delituen barnean (46).

Estuproaren inkriminazioaren oinarria den sustratu materialak bi irakurketa mota izan ditzake. Lehenbizikoan, estuproa bideratuko litzateke ohitura onak eta onestasuna babestera, abiapuntutzat hartuz emakumearen ahuldadea gizonaren sedukziozko trikimailuen aurrean; horrela birstortzen da gizonezkoen joera dontzeilak eta esperientzia sexualik gabeko emakume birtutetsuak konkistatzeko. Birjintasuna hain zen inportantea, ezen babes berezi hori behar zuela, are eta onartutako harreman sexualetan ere, sedukzio edo engainuzko trebeziari egozten zaizkionak. Zehapenaren zemaik balioko zuen ezkontzaz kanpoko sexu harremanak geldiarazteko eta birjintasuna gerizatzeko.

Baina, aldi berean, estuproaren delituak beste motatako irakurketa bat ere adierazten du, hots, bai lehen, eta bai orain ere, nagusitasun egoera batean dagoenak horretaz baliatu izatea emakumeari menpekotasun sexuala ezartzeko, presiopean edo haren egoera txartzeko mehatxua ezkutuan nahiz agerian eginez. Zirkunstantzia horiek erabiltzen dira ez "seduzitzeko" edo "maintemintzeko", baizik eta emakumea "dagokion lekuan kokatzeko", jabe, ugazaba edo nagusiaren objektu sexuala bezala, beti ere. Egoera horietan ez da emakumearen onarpena bilatzen, izutia eta otzana izan dadila baino. Kasu horietan, inposizioaren dinamika bortxaketaren larderiatik hurbil dago.

---

(45) 1995eko Kode Penalak abusu sexualen artean —bortizkeriarik edo larderiarik gabekoetan— "ahaidetasun harremanez baliatzeagatik" astungarria biltzen da, biktimaren adinaz konturik egin gabe (182.1. art.), baina "aprobetxamendu" hori, errealtatean, kualifikazio hori neska-mutikoen edo nerabeen gaineko abusu kasuetan hartuko da kontuan. Azpimarratu behar da "ahaidetasunagatik" kualifikazioa entitate handieneko abusu sexualetara mugatzen dela (gorputzean penetrazioa eragiten dutenetara). Astungarriak zigorra gogortarazten du: 7 urteko presoalditik 10era baldin eta sexu harremana (bortizkeriarik edo larderiarik gabea) 12 urtetik beherako adin txikiko batekin egiten bada; 3 urte eta erditik 6ra bitarte, abusuzko harreman hori nagusitasun egoera batez aprobetxatuz lortzen bada.

(46) Lehenbiziko Kode hartatik aurrera, auzibidetan zebilen emakumeari "eskariak" egiteagatik zigorra jartzen zitzaion kasuan kasuko funtzionarioari, bai eta kartzelako "alkaideari" ere zaindu behar zuen emakumeaz edo kartzeleratutako gizonezkoen familiako emakumez aprobetxatzeagatik. Egungo kode penalean, 1995ekoan, figura biek beren esparrua zabaldu dute eta onartzen dute biktima emakumezkoa nahiz gizonezkoa izan daitekeela, eta funtzionarioaren posizioagatik izan daitezkeen prebalimendu kasu gehiago ere jaso dira (Ikus: 443 eta 444. artikulua).

Kode haren antigoaleko ikusmoldean, dontzeilatasunaren tutoretza azpimarratzean estupro-protik kanpora uzten ziren 23 urtetik gorako emakumeen gaineko prebalimendu kasuak. Esperientzia faltagatik emakumearen ahuldadea babestea baldin bazen helburua, ulertzekoa zen adinaren mugapena; egungo parametroetatik, zeinetan azpimarratzen baita pertsonen arteko harremanetan behar den askatasuna, ez du zentzurik sedukzioaren kontrako tutoretzak, kalterik ez datorrelako onartutako esperientzia sexual bategatik, goiztarra dela uste bada ere. Aitzitik, zentzua du orain ere, inposizio gisa ezarritako posiziozko abusua- ren aurka eskaintzen den tutoretzak, duintasuna eta intimitate sexuala iraintzen direlako eta askatasunaren kontrako eraso maltzurra delako. Tutoretza horren arrazoia da, diru eskasia dela edo egoera berezi batzuk direla kausa —iraunkorrak nahiz denboraldi batekoak, a.b. baimendu gabeko inmigrazioa—, erasotzailearen aurrean defentsa gutxiarekin aurkitzen diren emakumeek urragarritasunezko egoera soziologiko larria bizi dutela.

Egoera horiek kontuan hartuko dira modu mugatuan bada ere, erregimen frankistan 1942ean sartutako estupro delituen erreforman. Adierazten zen helburua, "onestasunaren ospea" zuten emakumeak babestearena, alegia, testuan agertarazi zen. Bertan esaten zen estuproa zela "onestasunaren ospea" zuen 23 urtetik beherako emakumearekin harreman sexuala izatea, haren behar gorriaz baliatuz" (436. art., 1978ra arte indarrean egon zena). Estuproaren figura lan munduan ere sartu zen. Lan munduko estuproa zen "jabeak edo nagusiak, bere situazioaz baliatuz" 23 urtetik behera eta onestasan egiaztatua zuen emakumearekin haragizko harremana izatea (437. art., 1978ra arte indarrean egon zena). Kasu bietan zigorra ó hilabeteko kartzela izaten zen, gehienez ere.

Estuproari dagozkion jokatibideak definitzeko eta erregulatzeko orduan izan diren gorabe- herek erakusten digute oso zaila dela Zuzenbide penala moraltasun sexualaren gaineko kontsiderazioetatik bereiztea. Oraindik ez da ebatzi nola tratatu behar diren gazteen se- dukzio kasuak, nerabezaroaren lehenbiziko urteetan gertatzen direnean. Nire iritziz, kasu bakoitzeko zirkunstantziak kontuan hartu behar dira, goiztiartasun sexualak pertsona beza- la emaztearen orekarako eta heldutasunerako ekar lezakeen kaltea zehazteko. Horregatik, sexualtasunak nortasun "errespetagarri" baten eraketan izan dezakeen eraginaren gainean gizartean dirauten tabu batzuek errefusatu behar dira. Nerabeari egiten ahal zaion kaltea ez dator harreman sexualetik, baizik eta nagusiak bere situazioaz baliatuz haren autono- mia zapaltzeagatik, emakumeari menpekotasun soziologiko gogorra sortzen zaiolako edo haren behar gorriaz aprobetxatzen direlako.

1995eko Kode Penaletik kendu egin zen “estupro” hitza. Mantendu egin zen ageriko nagusitasun egoeraz baliatzeagatik eta biktimaren askatasuna hertsatzeagatik jartzen zen zehapena, edozein dela ere haren adina (47). “Dontzeilatasuna” babestu beharraren ideia gairiditurik, “abusu sexualaren” delituan biltzen dira jazarpen sexualaren kasuak (48), biktimaren urragarritasun bereziko egoeretan. Premia ekonomikoak, laneko prekaritatea, gaitasuna eta defentsa juridikorik eza direla-eta pertsona batzuk —gehienbat emakumezkoak— behartuta aurkitzen dira haiei kalte larriak egiteko boterea dutenen eskari sexualei amore ematera.

- ZIGORGARRITASUNA, PERTSONA IRAINDUAREN ESKARIZ: arlo honetan dagoen tradizioari jarraikiz, aipatu diren delituak zigortzeko pertsona irainduak edo haren ordezkariak kereila edo salaketa jarri beharra du. Legeak hilketa bezain larritzat hartzen duen delitua Ministerio Publikoaren eskariz zigortzerik ez izatearen paradoxa justifikatu da pribatutasuna babestu beharraren izenean. “Strepitus fori” delakoak desohorearen oihartzuna handi-

---

(47) Kode berriak, alabaina, “engainu bidezko estuproa” figura mantentzen du, 12 urtetik gora eta 16 urtetik beherakoentzat, nahiz eta jada “estupro” hitzaren ordez “abusu sexuala” erabili. Aurreikusitako zigorra da hamabi hilabetetik hogeita laura bitarteko isuna, intentsitate gutxieneko kontaktu sexualetan, eta sei hilabetetik hiru urtera bitarteko kartzela abusua baldin bada “haragizko harremana, uzki edo aho bidezko penetrazioa edo objektuak sartzea” (183. art.). Adin tarte horretako nerabeen tutoretzari dagokionez, Kode berriak hainbat kontraesan ditu kasuan kasuko zigorraren aldetik. Alde batetik abusu kasu guztiak jaso nahi izan dira, “engainoa” ere sartuz —tradizioz ezkontitza haustea izan ohi zen— adin txikikoei dagokienez; horrelakoetan nagusitasun egoera bateko prebalimendu bidezko abusurako aurreikusitakoa baino zigor handiagoa jartzen da. Horrek kontraesan bat dakar, hau da, adin txikikoaren premia ekonomikoaz baliatuz presiopean egiten den abusurako, adibidez, engainuzko abusurako baino zigor txikiagoa jartzen da. Aldiz, abusua gorputzeko penetrazioarekin bada, “engainuzko” kasuetarako aurreikusitako zigorra nagusitasun egoeraren prebalimenduagatik aurreikusitakoa baino nabarmen txikiagoa izaten da (182. art., urte betetik seira arte).

(48) Kode Penal berriak “jazarpen sexuala” izena erabiltzen du baina bakarrik egilearen menpekotasun erlazioaren barranean biktimari gaitzen bat egiteko mehatxu ageriko nahiz isilpekoaren bidez “fabore sexualak eskatzea” zigortzeko figura berrian (184. art.), aldiz 181.3 eta 182. artikuluetan jasotzen diren prebalimendu bidezko abusu sexualak “jazarpen sexualesko” kasuak dira, biktimaren borondatea zapaltzen dutenak. Prebalimenduzko abusu sexualak ez du aipatzen gaitz bati buruzko zehapen gaztigua, biktimaren ikuspegitik begiratuta, baina, begibistakoa da, kaltearen edo egoera txartzearen beldurrean datza “abusua” edo nagusitasun erlazioaren prebalimendua. Gezurra badirudi ere, abusu sexual arruntentari —penetratorik gabeari— jartzen ahal zaion zigorra mehatxu espresu edo isilbidezko “jazarpen sexualarentzat” ezarritakoa bezalakoa izan daiteke edo are txikiagoa (181,3 art.: sei hilabetetik hamabira arteko isuna; 184. art.: hamabi asteburutik hogeita laura arteko arrestoa edo sei hilabetetik hamabira arteko isuna).

tzen du eta biktima are irainduago gertatzen da. Egintza pribatuaren atzera egite horren ordaina da biktima urragarrienak babesik gabe gelditzea erasotzailearekiko menpekotasunezko erlazioagatik edo haren mendekuaren beldurragatik. Geroan gerta daitezkeen delituen prebentzioa bigarren mailan gelditzen da, eta lehentasuna ematen zaio irainduaren premiak betetzeari. Biktimak aukera zezakeen iraintzailea zigortzeko prozesu penalean aurrera egitea edo isilean gordetzea, edo bestela beste motatako konponbide pribatu bat: erasotzailearekin ezkonduz gero delitua barkatzea.

Ezkontzak erasotzailea barkatzeko balio izateak oraintsu arte iraun du: emakumearen ohoreari eginiko laidoa ezkontzaren ohorearekin estaltzen zen, egoera horretan segurtatzen baitzen irainduak bere duintasun soziala berreskuratuko zuela. Era berean, berriki arte iraun du kondenatuak biktimari "dote" bat emateko zuen obligazioak, baldin eta ezkongai edo alarguna bazen, eta hori ezkontzen merkatuan toki bat izango zuela segurtatzeko edo errazteko modu bat zen, edo bederen haren etorkizun ekonomikoa, emakumearen dohainaren galeragatik etorkizuneko itzaropideak gaizkitzea konpentsatzeko. 1983tik aurrera barkamenaren aukera onartzen da —ezkontzagatik edo biktimak barkatzeko borondatea agertuz— prozesu penala geldiarazteko modu bat bezala, baina baztertu egin zen kondenaren judizialaren ondotik barkamena emateko aukera.

1989an behin betikoz kendu zen delitu hauetan irainduak barkamena emateko instituzioa (49). Doktrinak iritzi kontrajarriak izan ditu "gure tradizio juridikoko" figura hori mantentzeaz edo baztertzeaz (50). Begibistakoak dira zigorraren bidezko prebentzio orokorrerako helburu publikoen eta biktimaren intimitaterako begirunearen arteko tentsioak.

---

(49) 1989ko erreformak barkamenaren efikazia argiro baztertu zuen, eta orduko 443. artikuluan sartu zuen honako lerroalde hau: "Delitu hauetan irainduaren edo legezko ordezkariaren edo egitatezko gordetzailaren barkamenak ez du galarazten ekintza penala ezta dagokion erantzukizuna ere".

(50) Jarrera desberdinen zerrenda bat, in: SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, op. cit., 413. or. eta hurr. RUIZ VADILLO, E., "El perdón en los delitos contra la honestidad", in: *Comentarios a la legislación penal*, 2. lib. Madril 1985, 983. or. Haren ustez barkamenari eutsi behar zitzaion iraintzailea irainduarekin ezkontzen bazen, are eta bortxaketa kasuan ere, fiskal eta magistratu moduan izan zuen esperientziaren izenean: "Guztiok ikusi dugu, batez ere estuproetan, zenbatetan ezkontzak desegiten duen zigorra edo horren exekuzioa, eta egia bada ere kezagarria izan daitekeela egoera horretara iristea presio psikikoagatik edo ezkontza gauzatzen ez bada barkatzerik izango ez den mehatxuagatik, egia ere da kasurik gehienetan ezkongai edo bikote horiei ezarritako zigorra, arruntean aski motza, ez zela erabakigarria, ezta gutxiago ere, ezkontzeko erabakia hartzerakoan. Gainera, zorionez, zentzu horretan izan den aldaketa funtsezkoa da, eta emakumeak, oro har, ez du dagoeneko lehen bezala ezkontzan aseguru bat bilatzen, baizik eta harreman egonkor bat, maitasunean eta elkarbizitzan oinarritzen dena". (Gerok azpimarratua).

---

“Onestasuren” ikuspegitik, emakumearen balore nagusi bezala “ospea” gorde beharrak esplikatzen zuen alderdi batek aurkeztutako zigor eskariaren aukera.

Eguno parametroetatik, emakumearen “ospe” sexuala lehenesten duen irizpidea arbuatua izan da, baina, hala ere, hortxe gelditzen dira oraindik, ukitutako intimitatea eta norberaren duintasuni eginiko iraina. Interes orokorraren izenean, biktima bere borondatearen kontra salaketa penalaren prozesutik pasatzera behartzeak esan nahi du esperientzia latz hura ez barreiatzeko biktimak duen interes legitimoa zapuzten dela. Teoria feministen ikuspuntutik arazo hau ere ez da baketsua. Italian gertatu eztabaidak adierazten digu zaila dela interes orokorra eta biktimak tutoretza judizialera ez jotzeko erabakiarekiko errespetua elkarrekin egokitzea.

1995eko Kode Penal berriak lehenbiziko aldiz biltzen duenez, eraso sexualak —antzinako bortxaketa barne—, abusuak eta jazarpen sexualak Ministerio Fiskalaren kereilaren bidez zehatzen ahal dira, zeinek “presente diren interesak kontuan hartuta jardungo baitu”; biktima adin txikikoa, ezindua edo bere buruz baliatzeko gauza ez dena bada “aski izango da Ministerio Fiskalaren salaketa” (Kode berriko 191. art.).

4.

## *Askatasun sexuala babesteko bidean. Delitu horien esanahiaren birformulazioa berdintasunaren ikuspegitik*

“Askatasun sexuala” babes penalaren xede den ondasun gisa izendatzeak aurrerapen nabarmena da aurreko tradizioari begira. Lehenik eta behin, abiapuntutzat hartzen duelako sexualitatearen arloan pertsona orok bere erabakiak hartzeko duen eskubidea. Bigarrenik, sexualitatea garapen pertsonalaren adierazpen positibo bat dela aitortzen delako, espontaneitatea eta autonomia eskatzen dituen intimitatezko bizi-esparruan. Hori dela-eta, inposatutako harreman sexuala bortizkeriazko edo menpekotasunezko egintza bihurtzen da, koordenada hauetatik agerpen sexualaren izena ere mereziko ez lukeena (51). Inplikazio fisiologikoagatik bakarrik esan daiteke agerpen “sexuala” dela, berez biktimarentzat askatasunaren kontrako eta intimitatearen funtsezko arloen kontrako eraso baizik ez dena (52). Delitu sexualak askatasunaren ikuspegitik ikusteak berekin dakar generoagatik bereizten diren rol eta itzaropide sozialak adjudikazio hura gainditzea. Aurreko iritzi hartan emakumearen askatasunari jarritako muga baldin bazen haren onestasunaren frogatzea eta hain zuzen ere babesaren duintasun horrexegatik egiten baldin bazen, orain, ordea, esanahia alderantziz bihurtzen da. Askatasuna hertsatzea da jokabide horren legekontrakotasuna markatzen duena.

Erasoaren larritasunaren agerpen nagusia haragizko harremanean datzala alde batera utzirik, gorputza inbaditzearen modalitatea bigarren mailara jaisten da, askatasunaren aurkako erasoari ematen zaion garrantzi handiagoaren aurrean. Bortizkeria sexualaren eragin soziala ez dator familiaren ordena inarosten delako edo ondorengo ez-legitimoen beldurragatik, edo emakumearen ospea galtzearen ondorioengatik eta horrek dakarzkion aukera murriztapenarengatik. Eraso sexualak astintzen duen ordena soziala da pertsona guztiek eskubide eta itzaropide berdintasunerako eta beren sexualitatea askatasunez erabiltzeko duten eskubidearena.

(51) VEGA, J., “Coercion and Consent: Classical Liberal Concepts in Texts on Sexual Violence”, *International Journal of Sociology of Law* 1988, 1, 75. or. eta hurr.

(52) Ikus: ORTOS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Valentzia 1995, 23. or. eta hurr. eta 43. or., arlo sexualeko askatasunaren eta intimitatearen loturaz.

Premisa hauen aurrean zentzurik gabe gelditzen da "gizonezkoaren itzalagatik edo haren autoritateari zor zaion errespetuagatik" emakumeak seduzitua izateko omen duen ahulda-dearen ideiatik abiatzea. Lehen "estuproaren" esparruan sartzen ziren jokabideak, aintzatzat har daitezke baldin eta borondatearen hertsapen gisa nagusigo egoeraz aprobe-txatzea gertatzen diren kasuetan. Jazarpen sexualak zigor penala merezi baldin badu, izango da emakumeari, pertsona bezala, esparru sozial desberdinetan, berdintasun baldintzetan, bere presentzia eragozten diolako.

Horregatik, tokiz kanpo gelditzen dira errieta juridikoa dotoretzen zuten diskurtso eta adierazpen haiek, "ahalkea", "txukuntasuna" edo "moralitasuna" bezalako adjetibo koloretsuz beteak. Bortxakeria edo abusu sexuala ez da "lizunkeria", "likiskeria", lotsagabekeria, haragikeria, gordinkeria, lohikeria, inmoralitasuna, ustelkeria, bizioa, eta horrelakoen agerpena (53). Bortizkeria edo abusu sexuala gizaki batek beste bati inposatzen dizkion jokabideak dira, askatasuna ukatzen dutenak, zein baita pertsona ororen ondasun estimatua, are gehiago horren erabilerak intimitate arlo honen agerpenarekin zerikusia baldin badu.

"Askatasun sexualaren" tutoretzatik, erasotzailearen asmoa den gorputz manipulazioa gauzatu edo pairatu dezan biktima bortxatzea askatasunaren kontrako eraso iraingarri eta laidogarria da. Inposaketa sexuala alderdi intimoenak eta pertsonalenak menderatzeko eta zapaltzeko egintza da. Balorazio hau da bidegabekeriaren muina, legezko arauak adierazi behar duten debeku penalaren zentzua.

Esparru sexualeko autodeterminazioa onartzeak berekin dakarren premisa da erabakiak hartzeko gaitasuna berdina izatea. Alderdi horixe da, hain zuzen ere, mota horretako delituen gaitzespenaren oinarri gisa azpimarratu behar dena, baldin eta esaten badugu harreman sexuala ez dela berez zigorraren xedea, askatasunaren hertsapena baizik. Erasoren funtsa da biktimaren gorputza erabiltzea haren onarpena izan gabe. Askatasunaren hausdura zenbaterainokoa den erakutsiko digu jokabidearen larritasunaren neurria, eta horri

---

(53) Jurisprudentzia tradizionalari errebaso bat emateak bide ematen du eraso sexualen karakterizazioan adierazitakoen antzeko adjetiboak ugari direla agertarazteko; 90eko hamarkadan emandako epaietan ere horrelakoak aurkitzen ditugu, batez ere prostituzioaren eta adin txikikoen korrupzioaren lagungarri diren delituei buruz. Ikus: BLANCO LOZANO, C., "Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y de corrupción de menores". *Cuadernos de Política Criminal* 1997, 127. or. eta hurr., non biltzen baita 1994. urtera arteko erreferentzia jurisprudenzialen zerrenda luze bat.

erantsiko zaio ezarritako gorputz ukipenaren intentsitatea, intimitatearen erasoari dagokion bigarren elementu gisa (54).

Halarik ere, delitu horiek biktimari eginiko kalte indibidualaren eta kalte sozialaren esplikazioak ezin du albora utzi emakumearen kontrako bortizkeriazko agerpenetan estereotipo tradizionalak oraindik ere betetzen duten papera. Bortxaketak, emakumearen kontrako inposaketa den aldetik, era zantarrean edo neurritz kanpora, boterearen eta menpekotasunaren subjektibitateak eraikitzen dituen genero eskema klasikoa agertzen du pertsonen arteko harremanen mikrokosmosean (55). Zuzenbide penala, nabaria denez, ez da tresnarik egokiena estereotipo horiek erauzteko, bai ordea, horien gaitzespena bultzatzeko, debeku penalen zentzua eta oinarriaren gaineko esplikazioen bidez. Horrek eskatzen du orientazio berria ematea balorazio parametroei, zeinetatik auzitegiek interpretatzen dituzten arau juridikoak eta epaitzen den jokabideen kaltegarritasuna.

Biktimaren osperei eta haren itxaropideei eginiko kalteak hein handi batean esplikatzen zuen aurreko tradizioan bortxaketari esleitutako larritasun handia. Izan ere, biktimak ohoretasun estatusaren galera pairatzen zuen eta aldi berean emakume bezala zuen autoestimua ere ukitua gelditzen zen. Askatasunaren tutoretzaren ikuspegitik (zein baita harreman sozialetan kokatzeko autodeterminazioan berdintasuna eskuratzearen ondorioa) biktimari eginiko kaltea ez litzateke izan behar askatasunaren denbora bateko hertsapenagatik eta intimitatea larriki laidozteagatik izan beharko lukeen pairamena baino handiagoa izan behar. Emakumearen etorkizuneko itxaropideak eta haren kontsiderazio soziala, ordea, ez lirateke ukituak gertatu behar.

Bortxaketak, bistan da, ez du biktima desohoratzen, egilea baino (56). Kaltearen esplikazioa ezin daiteke jadanik onestasunaren ikuspegitik egin. Baina ez dago ukatzerik nozitu

---

(54) Horixe zioen "Melai" komiteak delitu sexualen erreformarako prestatutako holandar azterlanak. Azterlan horretan oinarritu zen moraltasun publikoari buruzko 1981eko holandar Proiektua, nahiz eta proposamen horiek partzialki baizik ez ziren sartu hango kode penalean. Ikus: UIT BEJERSE, J/KOOL, B., "La tentación del sistema penal. ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandes, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", in LARRAURI, E., (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 147. or. eta hurr.

(55) LEES, S.-k emakumezko nerabeen jarrera eta bizitza sexualari buruz 80ko hamarkadan egin zuen azterlanean zera jakinarazten du: "bortxaketa eta bortizkeria ezin daitezke esplikatu maniako sexual psikopaten jokabideak balira bezala, baizik eta harreman sexualen ohiko egitura errepresiboaren luzapen bat bailiran". Ikus: Lees, S. "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", in LARRAURI, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 38. or.

(56) Bikain agertzen du GONZÁLEZ RUS, J.J.-k, "El bien jurídico protegido en la violación", in: *Estudios penales. Libro Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca 1982, 723. or.

ako menpekotasuna eta laidoak erakartzen dituztela oraindik dirauten genero irudiak, esate baterako, emakumea mendez mendez gizasemearen sexualitatearen objektu izateari buruzkoak (57). Ulerpen hau oso-osoan jasotzeko prozesu horretan, zuzenbide penalarri —hura interpretatzen duten operadore juridikoei— eskatu behar zaie ez ditzatela birsortu topiko sexistak eta “moralizatzaileak”, berdintasuna onartzeko bideari oztopoak jartzen dizkiotelako.

Eraso sexualen eta abusu sexualen gainean 1995eko kode penalak agertzen zuen mugapen berriak adierazten du legelariak askatasunaren kontrako egintza azpimarratu nahi izan zuela, aipatu ditugun jokabide horien kaltegarritasuna ulertarazteko gako bezala. Diskurtso juridikoa gako horretatik abiatuta berbideratzeko nahitaezkoa izango da bidegabekeriaren edukiaren gaineko kontzeptu tradizionalak xahutzea, arlo sexuala era berrian uler dadin, intimitatea eta askatasuna urratzearen aldetik.

---

(57) BROWNMILLER, S., *Against our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975, 5. or. eta hurr., azpimarratzen du mendebaldeko gizartean dagoen bortxaketaren sustratu ideologikoa, emakumearen irudia gizonezkoaren jabetzapekoa bezala ikusita. Emakumeek beraietaz indarka aprobetxatuko ote diren beldurra “lasteriaren prozesua” da, zeinen bidez emakumeak “izu egoeran” mantentzen diren, esparru batzuetan haien presentzia eta espontaneitatea mugatuz. Horrelako zerbait gertatzen zen Estatu Batuetan eskubide berdintasuna aitortu ondotik hiritar beltzak lintxatzen zituztenean. Lintxamenduaren mehatxua da berdintasun-ezeko egoerak gaitzaren aurreko erresistentziaren adierazpena. Ikus, halaber, DAVIS, N./FAITH, K., “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, in: LARRAURI, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 122. or. eta hurr.

*1995eko Kode Penalaren  
berrikuntzen balorazioa,  
askatasunaren tutoretzatik.  
Ulertzeko bideak*

Eraso sexualak askatasunaren kontrako delituak bezala ulertzeko orientazio aldaketa, ares-tian esan dugun bezala, 1989ko erreformarekin gertatu zen. Delituen multzoaren izena aldatu egin zen eta "askatasun sexualaren kontrako delituak" jarri zitzaion (58), eta multzo horretan sartu zen arau-hauste horietan gizonezkoa ere subjektu pasiboa izan zitekeela eta erantsi zen bagina bidezko haragizko harremanaren nagusitasuna, larritasunaren aldetik parekatu zirelarik bagina, uzki eta aho bidezko penetrazioak. Bortxaketaren esanahi tradizionala, gorputz femeninoaren inbasio genitala bezala ulertzen zena, azkenik alde batera utzi zen. Auzitegi Gorenak berak eskatu baitzuen uzki bidezko penetrazioa bortxaketatzat

(58) "Askatasun sexuala" erroteruak interpretaziozko orientazio bat eskaintzen dio multzo horretako arau-hausteen multzoari, baina, MUÑOZ CONDE, F.k dioen bezala, *Derecho penal. Parte Especial*, 11 gn. arg. Valentzia 1996, 176. or. gehiago da zigor moten interpretazioan jarraitu beharreko zuzentarau politiko-kriminala ezen ez aipatu tituluan sartutako figura deliktiboetako bakoitzaren tutoretzaren objektu konkretua. Adin txikikoei edo atzeratuei dagokienez, zeinek ez baitaude pertsona heldu baten askatasun mailan beren borondatea agertarazteko, tutoretzaren xedea da haiei beren intimitaterako jasanezinak diren injerentzietatik babestea (ORTS BERENGUER, E. in: VIVES ANTÓN, T.S. (elk.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, I. lib. Valentzia 1996, 937. or.); edo askatasun sexuala babesteko mudua —"in fieri"—, esparru horretan etorkizunean traumatikoak izan daitezkeen esperientzien aurrean (MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. in: QUINTERO OLIVARES, G./VALLE MUÑIZ, J.M. eta beste., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Iruña 1996, 228. or. eta hurr. Ohitura izan da "indemnitade sexuala" aipatzea kolektibo horien babesgai bezala, eta gainera defendatzen da "indemnitatearen" aipamena Tituluaren idazpuruan agertu beharko litzatekeela (ikus: CARMONA SALGADO, C. in: CARMONA SALGADO, C./GONZÁLEZ RUS, J.J./MORILLAS CUEVAS, L./POLAINO NAVARRETE, M./PORTILLA CONTRERAS, G., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*. I. lib. Madril 1996, 300. or.). Era konbentzigarrian mantentzen du, ezen nolahi ere adin txikikoaren "indemnitade" sexuala askatasun sexualaren tutoretzapean gelditzen dela, eta azken hau ulertzen dela sexualitate "askatasunez" erabiltzeko eskubidea bezala, Díez Ripollés, J.L. "Las últimas reformas del Derecho penal sexual", in: *Estudios penales y criminológicos*, XIV. lib. Santiago Compostelakoa 1991, 47. or.

har zedila, horren larritasuna parekoa dela argudiatuz (59) . Interpretaziozko jarraibide bezala “onestasuna” baztertzen den momentutik ezin zekioken delitu horren definizio tradizionalari eutsi, zeinetan “ohorea” emakumearen zoko baginalean kokatzen baitzen.

Kode berriaren bitartez, behin betikoz bereizten dira bortizkeria eta larderia dela medio burutzen diren erasoak eta biktimak “askatasunez” aritzeko duen ezintasun objektiboaz aprobetxatzea inplikatzeko dutenak. Horrela, doktrinak sustatzen zuen irizpidea hartzen da bortizkeriazko eraso beste motatako erasoetatik bereiztekoa, eta horrekin lotuta, zigorra ere bereiztearen aldekoa (60).

## 5.1

### KODE BERRIAREN IKUSPEGI OROKORRA ARLO HONETAN

Sailkapen berri hau, delituaren lehenbiziko definizio-irizpide bezala, biktimaren askatasunari egiten zaion lesio mailaren arabera egin da; bigarren irizpidea izan da kontaktu sexualaren intentsitatea, eta hori zigorra gogortzen duen elementua da “penetrazioa” gertatzen denean.

VIII. titulua, “Askatasun sexualaren kontrako delituak” hasten da I. kapituluan bilduz “eraso sexualak” deitzen direnak, eta horien ezaugarri bezala agertzen zaigu objektu pasiboak

---

(59) Bide hori hartu zen 1987ko azaroaren 7ko Auzitegi Gorenaren epaian hartutako erabakiz (Erref. Aranzadi 8475), non uzki bidezko penetrazioarekiko eraso bat “bortxaketatza” kalifikatzea atzera bota ondotik, hori onartzea “contra reo” motako interpretazio bat egitea litzatekeelako, Sailak “erabaki du Kode Penaleko 2. artikuluan ezarritako ahalmen-betebeharra erabiltzea, eta horrela Gobernuari Azalpen bat igortzea, egoki bazeritzon, sexu bereko edo desberdineko pertsonen arteko sexu harreman naturalak eta “contra naturakoak” zigorraren aldetik hurbiltzeko prozedura legislatiboa bultzatzea, ulertzen zelako bi jokabideak zigor beretsua izan behar zutela”.

(60) Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiak, orduan artean ere “1992ko Kode Penal berriaren aurreproiektua” zenari buruzko txostenean proposatzen zuen “bortizkeriazko bortxaketa eta gainerakoak bereiztea. Lehenbizikoarentzat zigor tratamendu gogorragoa sustatzen ahal zen (...), (a.b. zortzi urtetik hamalaura bitartekoak); bigarren multzokoarentzat aski litzateke arruntean seitik hamarrera bitartekoak, gaurkoa baino arinagoa”. Bereizkuntza hori egiten zen balorazioaren aldetik gaitzespen franko desberdina sortzen zutelako”. Ikus: BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, Madril 1992, 241. or.

kontrajartzen duen borondatea menperatzeko erabiltzen den bortizkeria edo larderia. 178. artikuluko oinarrizko motarekin batera, 179.eko figura larriagotuak biltzen ditu intentsitate "sexual" handiagoa daramaten erasoak, intimitate handiagoko gorputz atalak inbaditzeari dagokionez: bagina, uzki eta aho bidezko penetrazioak edo objektuen bidezkoak. Bestalde, 180. artikuluan larriagotze espezifiko berriak ezartzen dira, askatasuna eta duintasuna lesionatzearen larritasuna areagotzen duten zirkunstantziak biltzeko (eraso bereziki laidogarriak, taldeko eraso...), urragarritasun egoeraren abusua inplikatzeko (adina, gaisotasuna, edo biktimaren beste egoera bereziren bat dela-eta), edo bizitzarentzat nahiz osasunarentzat zinezko arriskua sortzen dutenak (bitarteko arriskutsuak erabiltzea); larrigarrien sailean sartzen da, halaber, ahaidetasun edo hurbiltasun harremanen prebalimendua.

II. kapituluan bildu dira "abusu sexualak" deitzen direnak: askatasunaren aurkako egintzak, bortizkeriarik eta larderiarik gabe burutzen direnak, baina biktimaren baliozko onarpenarik gabe (181. art.). Multzo honetan sartzen dira era askotako egoerak, zigorraren mailari buruz eragina izango dutenak. Alde batetik, biktimaren erabilera sexuala, honek, gai ez izanik, horretarako baimenik eman ez duelarik: ustekabeko eraso, edo behar den adimenik ez duen pertsonaren erabilera sexuala (61). Beste aldetik, 12 urtetik beherako adin txikikoekin burututako egintza sexualak, kasu horiek, beti ere "ez onartutakotzat" jotzen dira; eta nolabaiteko adimen arazoren bat duten pertsonekin egiten direnak, arazo horretaz "abusatu" bada harreman sexuala gauzatzeko (62).

Abusu sexualen esparruan, larritasun txikiagoko modalitate gisa, nagusitasunagatiko abusua jaso da, biktimaren askatasuna hertsatzen duena, edozein dela ere haren adina 181.3. art.) (63). Beraz, gorago esan den bezala, prebalimenduzko kasuetan lehen "estuproa" deitzen zena desagertu egin da. Kasu horiek abusu sexualaren azken modalitatean kokatzen dira. Horrela hutsune bat betetzen da askatasun sexualaren tutoretzan, egoera batzuei dagokienez, zeinetan erasotzaileak larderiarik erabili beharrik gabe, beste motatako presioak erabil ditzakeelako, biktima behartzeko proposatutako egintzak jasatera edo gauzatzera. Erabaki hartzeko askatasunaren hertsapen kasu bat da, menpekotasun egoeraz abu-

---

(61) Oinarrizko motarako (penetratorik gabea) seinalatutako zigorra da hamabi hilabetetik hogeita laura bitarteko isuna (181.1. art.)

(62) Oinarrizko motarako ezarririk zigorra, biktima 12 urtetik beherakoa denean edo adimeneko arazoren bat duenean, sei hilabetetik bi urtera artekoa izaten da.

(63) Honelakoetan zigorra hagitz txikiagoa da: sei hilabetetik hamabira arteko isuna.

satuz. Formulazio berrian bortxaketatik gertu dauden kasuak jaso dira, orain arte absolbitzen zirenak, ez baitzen froga erabakigarririk izaten biktimaren borondatearen hertsapen mailaren gainean (64).

Kasu larriagoaren artean bereizkuntzak egiteko teknika bera erabiliz, abusu sexualak zigor handiagoarekin kualifikatzen dira "abusu sexuala haragizko harremanetara, objektuak sartzeraz edo aho nahiz uzkiaren penetratoria iristen denean" (182.1. art.). Eta zigorra are larriago gerta daiteke ahaidetasunezko prebalimendua tarteko denean edo biktima bereziki urragarria baldin bada (182.2 art.) (65).

16 urtetik beherakoei eginiko abusu sexualaren kasu berariazkoa bezala mantentzen da behialako "engainuzko estuproa", aurreko Kodearen hitz beretsuetan (66).

---

(64) Abusu sexuareko modalitate honetan Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiaren proposamena jaso da, hau da, "nagusitasun nabarmeneko egoeraz abusatuz biktimaren onarpena lortzearen inkriminazioa, edozein dela ere biktimaren adina. Proposamen horren bidez, alde batetik "lortu nahi zen 'jazarpen sexualaren' kasurik larrienak tipifikatzea; beste alde batetik, larderiako bortxaketatik hurbil dauden jokabideentzat tarteko mota penal bat ezartzea, gaur egun Auzitegiaren esku uzten baita presoaldi txikiaren edo inpunitatearen artean erabaki zaila hartu beharra. Bistakoa denez, horrelakoetan erraza da absolutuzko epaiak izatea, nahiz eta iritzi publikoaren sektore zabal batzuentzat eskandalagarriak diren". Ikus: BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, op. cit., 242. or. Berriki, Auzitegi Gorenak eman duen 1997ko martxoaren 25eko 381/1997 zk. epaian, bortxaketa delitu batean absolutuzko epaiak eman zaio salatuari. Honek, banketxe bateko zuzendari zenean, mehatsu bidez banketxean lan egiten zuen garbitzaile batekin harreman sexualak izatea lortu zuen. Epaian aitorzen da mehatxuan ez zela bortxaketak eskatzen duen larderia larriaren ezaugarriarik frogatu, eta horregatik absolbitzen zaio, gertaera haiek Kode berria indarrean jarri aurretik burutu zirelako; baina, aldi berean, lehen Auzitegiko Sail berak otsailaren 17ko 212/1995 zk. ko epaian adierazi zuen bezala, tarteko figura baten beharra aipatzen da, helduen gaineko prebalimendu kasuetarako, eta hutsune hori, gogoratzen du, Kode Penal berriak betetzen du.

(65) Kasu horietan zigorra 10 urteko presoaldia ere izan daiteke baldin eta onarpenik gabeko abusua bada, edo adin txikikoen zein ezgaituen onarpenarekin (baliorik gabekoa); eta 6 urtera iritsi daiteke nagusitasunezko abusuetan.

(66) Engainuzko prebalimendua lehen bezala gelditu da, zigorrari dagokiona izan ezik, Kode berrian askozaz ere larriagoa baita: lehengo 436. artikulua —16 urtetik beherako adin txikikoari eginiko engainuzko prebalimendua—, hilabetetik seira arteko presoaldia ezartzen zuen "haragizko harremana" izandakoan; Kode Penal berriak, aldiz, 183. artikuluan 6 hilabetetik 3 urtera arteko zigorra jartzen du egintza beragatik.

Beste kapitulu batean, III.ean, "jazarpen sexualaren" inkriminazioa jaso da kodearen aparteko berrikuntza bezala; IV. kapituluak "exhibizionismo eta probokazio sexualeko" delituak jorratu ditu, subjektu pasiboa adin txikikoa edo ezindua izateagatik mugatuak; eta V. kapitulan "prostituzioaren inguruko delituak" bildu dira, gai horretaz lehengo erregulazio nahaspilatsua eta moralkeriaz betea galanki murriztu duelarik.

Ikus ditzagun orain "eraso sexualen" ezaugarriak nabarienteko batzuk, oinarritzko gaia baita interpretaziorako orientazioan sakoneko aldaketaren beharra islatzeko, aurreko erregulazioarekin kontrajarriz.

## **5.2 ERASO SEXUALAK. NABARMENTZEN DIREN ALDERDI BATZUK**

Bortizkeriazko erasoei dedikatutako kapitulu bereziak baliogutxitze handieneko kasuen aurrean jartzen gaitu, biktimari egiten zaizkion mesprezu eta laidoari dagokienez. Soziologikoki, kontuan hartuz gehien-gehienetan emakumea izan ohi dela subjektu pasiboa, baieztatu dezakegu emakumeen kontra gauzatzen den bortizkeriaren agerpenetako bat dela.

Delitu horien adierazlerik nagusia bortizkeriazko inposizioa da, eta inposizio hori gauzatzen da biktimaren gorputza erabiltzen denean. Horrek guztiorrek figura hori tratatu anker edo degradatzaileekin parekatzen du, tortura fisiko eta psikologikoen ildotik. Ikuspegi hori kontuan hartu da gatazka armatuetan populazio zibilaren kontra eginiko delituen gainean oraintsu eratu diren nazioarteko arauetan, bortxaketa sartu denean "gizadiaren kontrako krimenen" multzoan, esklabutza, tortura eta ankerkeriazko beste egintzen artean (67).

Adierazi nahi dut hemen "arloan sexuala" erasoaren ezaugarri definitzaile bezala agertu arren, bortizkeriazko testuinguru honetan duen esanahia intimitate pertsonala laidozea baizik ez dela, horri, emakumeak gizonezkoarekiko harreman pertsonaletan duen menpekotasuna agertzen duten errepresentazio kulturalak ere erantzen zaizkiolarik.

Zuzenbide penalaren jardunbideak, eraso egintzen indibidualizazioan zentratuta dagoenez, ez du jokabide deliktiboen azpian diren osagai soziologikoak ikusten uzten.

---

(67) Ikus: *Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia*, New York, 1993ko maiatzaren 25, 5. art.; eta *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*, 1994ko azaroaren 8koa, 3. art.

Hala eta guztiz ere, familiako "moraltasunari" edo emakumearen "onestasunari" buruzko esplikazioak nola birsortu diren jurisprudentziaren tradizioan ikusi dugun bezala, gaur bere gain har dezake jokabide deliktiboak berea duen baliogabetze horretan intziditzen duen baloraziozko ikuspegia, biktimaren laidoztatze iraingarriaren ikuspegitik eta menpekotasunezko genero-eskemek bizirik dirautela ohartzeak eragiten duen kalte sozialetik. Horretarako ezinbestean baztertu behar da eraso sexualak gauzatze korporalean finkatzea eta azpimarratu behar da erasoaren objektu materiala: biktimaren autodeterminazioa eta duintasuna, eta ez haren gorputzaren atal bat edo beste.

Eraso sexualen deskribapen zehatza, 178. artikuluan egiten dena, oinarritzko mota penala den aldetik, honakoa da:

"Beste pertsona baten askatasun sexualaren kontra bortizkeriaren edo larderiaren bidez erasotzen duena eraso sexualaren erruduntzat hartu eta urtebetetik laura arteko presoaldia ezarriko zaio".

Legelariak aukeratu du definizio orokor eta zabala egitea, lehen eraso sexualetan nekez sartzen ziren egintza motak jasotzen dituen. Askatasun sexualaren kontrako erasoak direla ulertzen da, erasotzaileak biktimari eginikoez gainera baita biktima behartzea bere buruari edo hirugarren bati zentzu sexualeko manipulazio batzuk egitera ere (68). Adostasuna dago esaterakoan 178. artikuluan sartutako jokabideak askatasun "negatiboari" (69) egiten zaion erasoak direla, hau da, nahi ez den harreman sexual bati uko egiteko eskubidea. Ez litzateke ohiko bortizkeria izango beste pertsona baten gainean egiten dena, hark

---

(68) Ulertzen da biltzen duela biktima behartzea bere buruari edo hirugarren bati halako manipulazioak egitera, edo erasotzailearen nahiz hirugarren baten kontaktuak pairatzera. Ikus, besteak beste, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. in: *Comentarios*, op. cit., 232. or.; ORTS BERENGUER, E., in: *Comentarios*, 1 lib., op. cit., 909. or. eta hurr.; CARMONA SALGADO, C., in: *Curso de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., I. lib., 305. or.; CANCIO MELIA, M., "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", in: *La Ley*, 1996ko abenduaren 5, 2. or.

(69) Kode Penal, jokabide kaltegarri larrieneko jokabideei buruzko kontrol sozialerako tresna den aldetik, askatasun sexualaren tutoretza autonomia sexuala ukitzen duten kasuetara mugatzen du, alderdi "negatibo-pasiboan". Askatasun sexualaren bi isurialdeei buruz, hots, "dinamikoa-aktiboa" eta "negatiboa-pasiboa", ikus: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bartzelona 1985, 15. or. eta hurr.; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bartzelona 1981, 31. or.; GONZÁLEZ RUS, J.J. *La violación en el Código Penal*, 240. or.; ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad sexual*, Valentzia 1995, 24. or.; POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla 1975, 46. or. eta hurr.

beste batekin nolabaiteko harreman sexual bat izatea eragozten diona. Kasu hau sartuko litzateke askatasunaren kontrako delitu orokorren (derrigortzea, mehatsu egitea) edo integritate fisikoaren kontrako delituen barnean (lesioak). Oinarrizko mota penala bezala, 179. artikuluko mota kualifikatuari dagokion intentsitate iristen ez diren askatasun sexualaren gaineko erasoak biltzen ditu, beraz haren aplikazioa azken honen subsidiarioa da.

Tradizioz delitu horien ohiko elementua izaten zen erasotzailearen "asmo lizuna" edo "joera likitsa" (70). Baldintza hau gaur egun azalekoa eta endredurako baizik ez dela ulertu behar da. Inportantzia duena da biktimaren degradazioko erabilpenak, gorputzeko gune intimoei afektatzen diela, egilea sexualki pizten den ala ez, edo biktima iraindu eta laidotzea beste asmorik ez duen sadiko bat den ala ez alde batera utzita. Doktrinaren alderdi batek, eta duela gutxi baita Estatuko Fiskaltzak ere, baldintza hori ez zela bidezkoa esan zuten, onartzen delarik eraso sexuala gertatzen dela mendeku zein erdeinuzko helburuagatik burutzen bada ere (71). Hala ere, aurrerago ikusiko dugun bezala, egilearen "eskitazio sexuala" edo "grina lizuna" hitzak makina bat ebazpenetan agertzen dira oraindik, erreferentzi elementu gisa erasoak neurtzeko erasotzailearen "sexu-irrikak" jarraipena duen ala ez ikusita.

Abiapuntutzat hartzen badugu jokabide horien desbalorazioa markatzen duena gorputz eta sexuaren askatasun eta intimitatea kaltetzea dela, jokabide hori antijurizidatez markatzen duena ez da "asmo lizuna edo sexualki asetzeko helburua", oraintsuko eparen batean irakurtzen dugun bezala (72), baizik eta biktimaz sexualki baliatzeko asmoa izatea, haren

---

(70) Adibidez, Auzitegi Gorenaren 1975eko ekainaren 7ko epaian (Erref. Aranzadi 2820) adierazten ziren jurisprudentziaren arabera abusu desonestoak izateko ezaugarriak honako hauek ziren: "egintza likitsak edo gordinak, hala nola zirri lotsagabeak gune erogenoetan (...)", eta elementu subjektibo espezifikoak buruz, esate baterako "joera lizuna, gordina, likitsa, haragizkoa, lohia, e.a., besteren edo norberaren sexualitatea piztu edo itzaltzeko helburua dutenak, asetasun edo plazer benereoa edo sexuala lortzeko"; ebazpena amaitzen da esanaz, ezen salatuak bere egintzekin "errespetuak, ohoreak eta lotsak ezarritako muga guztiak" hautsi zituela.

(71) Aurreko erregulazioari dagokionez, uste zuten delitu horien elementu gisa asmo "lizuna" izatea ez zela saihestekoa, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos*, op. cit., 169. or.; QUERALT, J., *Derecho penal español. Parte especial I*, Bartzelona 1986, 158. or. Estatuko Fiskaltza Nagusiak kode penala (431. artikulutik 483.era arte) eguneratzeko ekainaren 21eko 3/1989 Lege Organikoaren erreforma aplikatzeari buruzko 2/1990 Zirkularrean asmo lizuna beharrezkoa ez zela adierazi zuten, eta beste zergatikoz batzuk ere egon daitezela, hala nola, mendekua edo erdeinua".

(72) Auzitegi Gorenaren urtarrilaren 27ko 932 zk.ko epaia.

borondatea kontuan izan gabe. Hori dela-eta, emakume bat, hirugarren batekin nolabaiteko harreman sexual bat izan dezan, bortxatzen edo izutzen duenak eraso sexualaren elementu guztiak betetzen ditu (73). Harreman horrek “gorputzeko sarbidea” inplikatzeko badu, hertsatzaileak 179. artikuluan kualifikatutako eraso sexualaren bitartekotzako egile bezala erantzun beharko du (74), kontaktu sexuala izan duen pertsonak ez badaki emakumea mehatxupean aritu dela.

Gorputzaren kontaktuaren intentsitateak kualifikatutako eraso sexuala 179. artikuluan honela deskribatzen da:

“Eraso sexuala haragizko harremana denean, objektuak sartzea edo aho nahiz uzki bidezko penetrazioa, zigorra izango da sei urtetik hamabira arteko presoaldia”.

Figura honek hartzen du lehenagoko “berezko bortxaketa”, orain ohiko izen hori galdu badu ere. Izen horri eustearen inguruan sortu zen eztabaida oraindik ez da bukatu (75).

---

(73) Zentzu horretan ikus, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R, in: *Comentarios*, op. cit., 266. or. eta hurr., bereizten direlarik alde batetik prostituzioaren erabilpen orokorrari eginiko hertsapena (188. artikuluan aurreikusia) eta bestetik harreman sexual jakin batera behartzea, adibidez, bezero batekin, hor lotura bat gertatzen delarik eta kausa-efektu ondorioa, egiten den presioaren eta behartzen den egintzaren artean.

(74) Alde horretatik ikus, GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995”, in: *Revista de Derecho penal y Criminología* 2/1995, 322. or. Auzitegi Gorenaren 1994ko azaroaren 2ko epaian (Erref. Aranzadi 8386) espreski aitortzen da biktimak hirugarren pertsona batekin harreman sexuala izateko amore eman dezan bortzikeria edo larderia aplikatzen duena bitartekotzako egile izan daitekeela. Entzutegiak emakumezko auziperatua kondenatu egin zuen prostituzioari laguntza emateagatik. (Dena den, kondena hori mantendu egin zen lege desfaboragarriak duen atzeraeraginezinezko izaeragatik). Magistratu ponenteak arbuatu egin zuen bortxaketa “norberaren eskutik” egiten den delitutzat soilik jotzea, eta honela bukatu zuen: “Gainerakoan, ez da inolako arrazoirik sumatzen zigorraren merezimendua norberaren gorputzarekiko haragizko harremanaren menpe jartzeko, hain zuzen ere, zigortzen dena ez delako egilearen asetze sexuala, baizik eta kalte egitea autodeterminazio sexuala bezalako ondasun juridiko bati, zeina biktimaren ikuspuntutik urratua gertatzen baita hala norberaren gorputzean gauzatzen bada nola instrumentu bezala diharduen beste baten bitartez burutzen denean”.

(75) Duela gutxi Gobernuak VIII. Titulua erreformatzeko Lege Proiektu bat aurkeztu du. Horren arabera, askatasun sexualaren kontrako delituentzat zigor gogorragoak jarriko dira eta beste kasu batzuetara hedatuko; beste “berrikuntza” batzuen artean —edo hobeki esateko erregulazio zaharraren ezaugarrien “berreskuratze” horretan— bortxaketa izena berreskuratuko da 179. artikuluan kualifikatutako eraso sexualentzat. Ikus, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI. Legealdia, 1997ko urriaren 17, A Seriea*, 89-1 zenbakia.

### 5.2.1 BORTXAKETA, "ERASO SEXUAL" LARRIAGOTUA. ONESTASUNARI LOTURIKO IZENAREN GALERA

"Bortxaketa" izena ezabatzea oso eztabaidatua izan zen kode berriaren parlamentuko tramitazioan, Kongresuan ezezik baita Senatuan ere. Partidu Popularra eta Coalición Canaria tradizio juridikoan eta testu positiboetan eraturako "nomen iuris" hari eustearen aldeko ziren, eta saiatu ziren esanaz aldrebeskeria bat litzatekeela "kalean zentzu argia, begibistakoa eta erabatekoa" duen hitza baztertzea, izan ere horrexegatik baitago horren txertatua hiritarren hiztegian (76). Partidu Sozialistak defenditzen zuen hitz hori bazter zedila, hain zuzen ere, hitz horrek sexualitatea onestasunarekin eta erreproduzioarekin lotzen zuen irizpide historiko baten oihartzuna zekarrelako; horregatik gai horrek badu "sakonera materiala" izen horren defendatzaileek salatzen zuten bezala, baina eraso sexualaren zentzuaren ikusmoldea aldatzeko "sakonera", oraingo honetan gizasemea ere emakumearen plano berean jartzen duena (77). Ezker Batuak jarrera eklektikoa izan zuen, adieraziz aldaketa hark abantaila baino eragozpen gehiago ekar zitzakeela; hori dela-eta emendakin transakzional bat (78) proposatu zuen, Kongresuak Osoko Bilkuran onetsi zuena. Haren bidez eraso sexual kualifikatuen deskribapenari bukaerako ohar bat erantsi zitzaion, "bortxaketaren egile izateagatik... zigorra ezarriko zaio".

Senatuan Proiektu hura tramitatu zenean berriro ezabatu zen izen hura; lehengo eztabaida errepikatu zen, atzera berriz, talde parlamentarioen artean, eta azkenean aipamen hura desagertu egin zen. Guía Marqués senatoreak adierazi zuen bezala, eztabaida parlamentarioa neurritz gainekoa izan omen zen, aurrez kontsultatu ziren eraso sexualen prebentzio-ara dedikatzen diren Elkarten aho bateko iritziarekin alderatuta, zeinentzat aurrerapena izan baitzen "bortxaketa" hitza ezabatzea (79).

---

(76) Idatzi ditugun hitzok OLARTE jaunak, Coalición Canaria Taldeko diputatuak esandakoak dira (*Diario de Sesiones del Congreso*, 159. zk. 1995eko ekainaren 28koa). Era beretsuan mintzatu zen Barrios diputatu andrea Kongresuko Justizia eta Barne Batzordearen bilkuretan (*Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones*, 510. zk. 1995eko ekainaren 2koa) zeinetan errepikatzen baitzuen erreforma ez zela "haustura semantiko hutsa", "askoz ere sakonera handiagoko aldaketa bat baizik".

(77) JOVER-PRESA diputatu jauna, *Diario de Sesiones del Congreso*, 159. zk. 1995eko ekainaren 28koa.

(78) LÓPEZ GARRIDO diputatu jauna, *Diario de Sesiones del Congreso*, 159. zk. 1995eko ekainaren 28koa.

(79) GUÍA MARQUÉS senatore jauna, *Diario de Sesiones del Congreso. Comisiones*, 226. zk. 1995eko urriaren 10koa.

Doktrinan berriz ere errepikatzen dira ezabaketa horren egokitasunaren gaineko iritzirik desberdinak, berriz ere, batzuek hitzaren "tradizioari" eustea hobesten dute, (80) beste batzuek ezaugarri moralizatuak betetako eta "onestasunari" loturiko tradizio hura gainditzearen premia agertzen zuten bitartean. Arazo honetaz egin diren ahaleginak adierazpide baten edukin sinbolikoa agertzen dute, zeinen esanahia eduki semantikoa baino harantzago baitoa. Lamarca azpimarratzen duenez, bortxaketaz herriak zuen iritzia behin ere ez zen erabat ados izan kodeetan zehaztutakoarekin, bortxaketa "ez-osoari" dagokionez berderen (onartutako koitua 12 urtetik beherako edo adimen gutxituko emakumearekin). Legezko definizioak uzki eta aho bidezko penetrazioa onartu zuenean "bortxaketa" mota gisa, hitz horri zetxekion eremu semantikoa soberan gainditu zen.

Ene iritziz, inportanteena ez da izen bat mantentzea edo ezabatzea, baizik eta larritasun aldetik antzekoak diren erasoak, gorputza indarrez hartzen dutenak, berdin baloratzeko erabakia hartzea, intimitate sexualaren eta biktimaren indarrezko erabilpen graduaren ikuspegitik. "Bortxaketa" hitza ezabatzeak berekin baldin badarama biktimen gainean historian zehar proiektatu diren adiera estigmatizanteak desagitea, positibotzat jo dezakegu. Hitz horrek, "bortxaketak" alegia, duen indar espresiboak ez du egitatearen larritasuna soilik adierazten, horrekin batera, "urbanaz" eta emakumearen balizko esentzien galeraz, emakume "bortxatuarengan" erremediorik gabe aizunduta gelditzen diren horietaz, kulturalki ongi errotuak dauden esanahiak gogorarazten dizkigu.

Izena ezabatzearekin batera, nire ustez, garrantzitsuagoa dena dator: "eraso sexuala" izenaren barnean indarkeriazko eta larderiezko eraso guztiak biltzea. Oinarrizko figuraren arretoa osoa askatasunaren hertsapenean kokatzearekin "penetrazioaren" protagonismoa lausutzen da, gaur egun erasoaren larria adierazten duen inguruabar nagusia den arren. Alabaina, "penetrazioak" kualifikatzen duen mota penalak dakarren zigorgogortze horrek

---

(80) Horrela, LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el código penal", *Jueces para la Democracia*, 1996ko azaroaren 27ko 51. zk.an hitz zaharra baztertzearen alde agertzen bada ere, beste batzuentzat ez du batera axolarik, esate baterako CANCIO MELIA, M.-rentzat, "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", *1996ko abenduaren 5eko Legea*, 3. or.; beste batzuk izen tradizionala baztertzearen aurka azaltzen dira, a.b. CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho penal*, op. cit., 302. or., hori egitea disfuntzionala eta nahasgarria iruditzen zaiolako; egile hau figuren erregulazioaren alde agertzen da, 1989ko erreformaren ondotik gelditu zen bezalaxe; era berean "bortxaketa" hitza kentzearen eta berrikuntza multzo osoaren kontra azaltzen da OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995", in: *Actualidad penal* 32. zk. 1996, 606. or. eta hurr.

berrito finkatzen du haragizko sarbidearen zentraltasuna (81), baina hori gertatu edo ez, "eraso sexualaren" gaitzespena berretsi daiteke. Zenbait nabardura baztertu ahalko dira, esate baterako honelakoak: ea biktima osorik "bortxatua" izan zen edo, ea "zorionez" delitua gauzatu gabe biktima bortxaketatik libratu zen.

## 5.2.2 SUBJEKTU PASIBOA, GIZONA EDO EMAKUMEA

Kode Penal berrian, askatasun sexualaren kontrako delituetan (82) ez da inolako bereizkuntzarik egiten subjektu pasiboa gizonetara izan edo emakumea izan. Zioen adierazpean ematen den esplikazioak "berdintasunaren" gaineko kezka adierazten du, baina, hain zuzen ere bortxaketa emakumearen kontrako delitua zela mantentzeak suposatzen zuten "laido egoera jasanezina" gainditu ahal izateko (83).

Subjektu pasiboaren figura zabaltzea, sailkapenean gizona ere sartu ahal izateko, 1983an gertatu zen, estuproaren edo nagusitasun egoeraz baliatzen den abusuaren delituan. Bortxaketaren esparrua emakumearen eraso mota bat kalifikatzeko bakarrik erabiltzea ordurako ez oso "berdinkidetzat" jotzen zen, eta are konstituzioaren kontrakoa, "berdintasun" printzipioaren kontrakoa zelako (84). 1989ko erreforman "onestasun" ikuspegia "as-

---

(81) Hori ulertu da, zera, penetrazio gabeko eraso sexual hutsa ez den "bidegabeko" diferente bat dela adierazten duen datu bat bezala: horrela SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., "Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre el menor de 12 años y abusando de trastorno mental", *Cuadernos de Política Criminal* 1997, 98. or.

(82) Bereizkuntza bakarra da kondenako epaian finkatu behar den pronuntziamentuari dagokion aurreikuspena "seme-alaben zaintza eta elikagaien zehaztapenaren gainean", hala behar denean (193. art.).

(83) Kode Penal berriaren *Zioen adierazpena*: "benetako berdintasun bidean aurrera egiteko ahaleginak egin dira, arlo honetan Konstituzioak botere publikoei ezarri dien zeregina bete ahal izateko (...). Diskriminaziozko jardueren aurrean berriazko babesa ematen duten arauz gainera, hemen askatasun sexualaren kontrako delituen erregulazio berria aipatu behar da. Horrekin lortu nahi da mota penalak babestutako ondasun juridikoari egokitzea, zeina jada ez da, historian zehar bezala, emakumearen onestasuna, guztion askatasun sexuala baino. Emakumearen onestasuna babestearen aitzakipean laido egoera jasanezin bat ezkutatzen zen, proposatzen den erregulazioak erabat ezabatzen duena. Harrigarriak izan daitezke erabiltzen diren zigor teknikak, baina kasu honetan tradizioetik alde egitearekin asmatu egin dela dirudi.

(84) Ikus, Díez Ripollés, J.L., "La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983", in: *Documentación Jurídica*, 1983, 37/40 zk., (monografikoa), 1. lib. 460. or.; Casas Nombelas, J.J., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", in: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 6. zk. (monografikoa), Zuzenbide penaleko irakasleen jardunaldiak, Madril 1983, 220. or.

katasun sexualarenarekin” ordezkatzek, bortxaketa motak uzki eta aho bidezko penetrazioetara zabaltzearekin batera, ekarri zuen ondorioa izan zen delituaren subjektu pasibotzat emakumeak eta gizonak bereizkuntzarik gabe hartzea. Formari bagagozkio aldaketa hura onargarria izan zen, baina bortxaketaren inguruko errealitate soziologikotik aski diskutigarria, gehienbat emakumeen kontrako eraso izaten da-eta. Azterketa feministetatik, denak ez datoz bat parekatze hori baloratzean. Deitoratzen da parekatzearekin estaltzen dela bortxaketak nagusiki genero menpekotasun bat adierazten duela, sexualitatearen erabilpenaren bitartez (85). Hala ere, feminismoko sektore batzuetatik positiboki baloratu da parekatze hori, haien iritziz diskurtso juridikoetan (86) generoaren nolabaiteko interpretazio batzuk gainditzeko bidea ematen duelako.

Politika kriminal batek, aurre egin nahi dien arazoan errealitatean oinarrituko bada, ezin ditu alde batera utzi delitu mota bat errazten duten egoera estrukturalak eta inguruabarrak. Gizonezkoei egiten zaizkien erasoetan, inposaketa eta menpekotasun eskema berdintsukoak izan badaitezke ere, ez dira emakumeen kontrako abusuetan agertzen diren arrazoi historiko-kultural berberak izaten. Eta errealitate hori gogoan eduki behar da, batez ere eraso sexualen biktimei laguntzeko edo erasoei aurrea hartzeko jarri behar diren neurrietan, zeinetan lehentasuna eman behar baitzaio emakumeen kontrako bortizkeriazko jarrerak laguntzen dituzten baldintza sozialak eta kulturalak errotik aldatzeari.

### 5.2.3

### ERASO SEXUALA EZKONTZAN

1978ko Konstituziotik hasita, eta urte haietan legeak aldatzeko zegoen giro hartan, bortxaketaren esanahi kaltegarriaren gaineko balorazioa berreraikitzeke erabaki tinkoa hartu zen. Arlo horretan “askatasuna” babestu beharreko objektua zela erreklamatu zen eta horrek bai doktrina eta baita jurisprudenzia ere behartu zituen ezkontzako bortxaketa bazela

(85) LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 96. or. Bertan informatzen du Kanadan parekatzearen kontra zernolako erreakzioa gertatu zen bortxaketaren erreforma egin zenean.

(86) Horrela, SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, op. cit., 86. or. Alemanian oraindik ere bortxaketa emakumeen kontrako erasotzat soilik hartzen da, eta behin eta berriz parekatzea eskatu izan da; ikuspegi feministatik erreklamazio horren alde agertzen da SICK, B., “Zweierlei Recht für zewierlei Geschlecht”, in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1991, 73. or.

onartzera (87). Dena den, ñabardura bat eginez komenigarritzat jotzen da zigorra arintzea, edo biktimak eskatuta zigorgarritasuna mantentzea eta barkamena onartzea (88). Jurisprudenzian ezkontzako lehenbiziko bortxaketen aurkako kondena-epaiak 80ko hamarkadaren azkenaldera agertu ziren, ezkontza barneko irainen biktimak hasi zirenean bortxaketak auzitegietan salatzen (89). "Askatasun sexualaren" ikuspegiak behin betiko ireki zuten norberaren emaztearen kontra bortizkeria edo larderia erabiltzea bortxaketaren figura penalean sartzeko bidea. Epigrafeen izenburu berria ez zen hitzen kontu hutsa izan, horrela irakurri dugu epairen batean. Hori dela-eta berdintasuna eta askatasuna aitortzetik abiatuta ezin da ukatu ezkontzaren barnean bortxaketak izaten direla, izan ere "ezkontzak ez du emaztea senarraren aurrean bere erabaki sexuala izateko askatasuna murriztera behartzen" (90).

Menpekotasunezko harremanak aukera berdintasunaren bidez gainditzea norberaren bizitzaren eraketan faktore erabakigarria da, ezkontzaren barnean defentsarik ez izatea eta abusuak ezkutatzea bezalako egoerak hausteko balio duena. Gauza jakina da, berdintasun-ezeko egoerak mantentzea funtsezko oztopoa dela edozein motatako erasoak salatzen orduan. Hainbat arlotan, adibidez, ezkontza, dibortzioa, filiazioa, emakumearen ahalmen juridikoa, lan esparru gero eta zabalagoetara iristea, etab. zegoen araudia aldatzea lagungarri izan zen emakumearen kontrako erasoerak aurre egiteko lege penalaren gainean gizarteak zuen pertzepzioa aldatzeko eta beste modu bateko interpretaziorako bidea ireki

---

(87) Baina "onestasun" errotuloak bere eragina mantentzen zuen interpretazioan. Adibidez, GIMBERNAT, E., "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria", bere *Estudios de Derecho penal*, lanean Madril 1990, 248. or., zioen askatasun sexualari kalte egite hutsa ezin zitekeela tipikotzat hartu arlo penaletik, baldin eta egintza "lizuna" ez bazen; hortaz, haren ustez norberaren emaztea bortxatzea ezin zitekeen bortxaketaren delituaren barrenean sar, bada, jokabide horren gaitzespena ez baitator egintza bera lizuna izatetik, baizik eta "senarrak erakutsitako sentsibilitate eta adeitasun ezagatik".

(88) Ikus, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983", op. cit., 473. or. Jarrera doktrinal desberdinen balantzea duela gutxi arte, in: SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, op. cit., 286 or.

(89) Auzitegi Gorenak 1988ko azaroaren 7an emaniko epaian aitortzen da bortxaketa gisa kalifikatu daitekeela norberaren emazteari koitoa egitera behartzea; ordutik hona, eta azken bost urtetan batik bat, nabarmen ugalduta dira ezkontzako bortxaketatik jartzen diren kondenazko epaiak.

(90) Auzitegi Gorenaren 1993ko otsailaren 23ko epaia, (Erref. Aranzadi 1401).

zuen. Aldi berean, agerian gelditzen da gaurdaino ezkutuko eta eskura ezineko estatistika bezala “zifra beltzean” mantentzen zena.

Auzitegiara iristen diren ezkontzako eraso sexual gehienak gertatzen dira emazteak be-reizteko tramiteak hasi dituenean. Ebazpen batzuetan, ezkontzako eginbiderako eskubide-aren gaineko “debekuzko hutsegitea” deitutako alegazioak kontuan hartzen dira zigorra arintzeko (91), edo halako kontsiderazio batzuk, zera, intimitateari egiten zaion eraso txi-kiagoa dela arrotz bat izan beharrean senarra edo senar-ohia bada eraso egin duena (92). Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia, oro har, aski irmoa izan da kasu horietan aringarriak ez onartzean: horrela, 1997ko apirilaren 29ko epaiak oroitarazten duenez:

“Lege arauak bortxaketa delitua tipifikatzean ez du salbuesten ezkontidea subjektu pasibo izatetik eta era berean, ez dago prestazio sexualerako ustezko ‘eskubiderik’, eta beste edo-zer gainetik pertsonaren duintasuna eta askatasuna errespetatu behar dira. Hori dela-eta Sail honek behin eta berriro deklaratu du bortxaketa egiten duela eta ezein justifikazioren babesik ez duela, bortizkeriaz edo larderiak baliatuz bere ezkontidearekin haragizko sar-bidea izaten duenak (Epai hauetan: 89-11-7, 89-3-9, 90-2-13, 92-4-24, 92-9-21, 93-2-23, 95-9-27 eta 96-2-8koan, besteak beste)” (93).

Aringarri bakarra izan daiteke mozkorraldi, haserrealdi edo itsualdi batean gertatzen bada. Biktimaren “probokazioan” oinarritutako aringarriak oraintsu arte haserrea sortaraz-ten bazuen, “itsualdiari” dagokionez antzeko argudioak errepikatzen dira batzuetan.

---

(91) “Hutsegite menperagarria” onartzen bada: Oviedoko Probintzi Entzutegiaren ebazpenean horrela ikusi zen, emaztea ezkuturretik oheari lotu eta indarka behartzen duen senarraren kasuan; Auzitegi Gorenak berretsi du hasiera batean ezarri zitzaion kondena —2 urte eta 4 hilabeteko presoaldia— eta defentsak, egilearen kul-tur baldintzak —lanbidez mariñela— kontuan hartuz, eginiko alegazioak arbuatu ditu. Alegazioen argudioak ziren jokabidearen ezohikotasuna eta ustez “ezkontzako eginbiderako eskubideen” babespean jardutearen iza-era “menperaezina”. Zuzenbidearen oinarrietan, alabaina, adierazten du hutsegitea “menperagarri” bezala ka-lifikatzea bakarrik uler daitekeela interpretazio “arrunt eskuzabal” baten bitartez, baina alde hori ezin du alda-tu salatzaileak ez zuelako errekurtsorik jarri horren aurka.

(92) Argudio horixe erabili zuen Bartzelonako Probintzi Entzutegiak berriki eman duen epai batean. Epai hori prentsaren bidez ezagutu zen (*El País*, 1997ko otsailaren 13), eta bertan magistratuak ulertu zuen “gaitzespen txikiagoa” dagokiola arrotz batek ez baina senarrak burututako eraso sexualari, emazteak denboraldi batean harekin onartutako harreman sexualak izan ditu-eta. Bi urteko presoaldia jarri zioten, dirudienez ahaidetasun aringarria aplikatu zitzaiolako.

(93) Ikus, Auzitegi Gorenaren apirilaren 29ko 584/1997 epaia.

---

Horrela, berriki eman den epai batean, zeinetan bi aringarri horiek aintzat hartu baitziren ezkontzako bortxaketa batean, normaltzat jotzen da emazteak harreman sexualari uko egitean senarraren baitan sortzen den "itsualdia":

Ohiko ez den mozkorraldia aringarria da, edari alkoholikoak piskatxo bat edateak senarrari zentzua nahasi, aldatu edo murrizten diolako, eta aldiz, haserrealdi eta itsualdia sortzen da emazteak uko egiten dionean harreman sexualak izateari, eta orduan alkoholaren eraginpean, factumak dioen bezala, emazteak ezezkoari tinko eustean, senarrak zintzurretik heldu zion, borrokari ekin eta momentuko desioa itsualdi bihurtu zen, eta ez zen baretu harik eta bere gurari sexualak ase zituen arte (...). Oraingo kasu honetan, alkohola edateak sor dezakeenaz gainera, estimulua sustatzen da C.k senarrari adierazten dionean harreman sexualik eduki nahi ez duela berarekin, izan ere ezetzean tematzeak sortarazi zion aipatu estimulua" (94).

Beraz, biktima ere neurri batean errudun izan omen zen: emakumeek jakin beharko luketelako noiz ari diren eztanda egiteko moduko egoera bat bultzatzen. Gizonezkoen ikuspegitik emandako esplikazioa, jakina, genero bakoitzaren paper sexualak zeintzuk izan behar diren adierazten duena.

#### **5.2.4**

#### **ERASO SEXUAL KUALIFIKATUA: IRIZPIDE FALOKRATIKOAREN IRAUPENA**

Segurtasun juridikoaren printzipioak eskatzen du delituen deskribapenek zehatzak eta argiak izan behar dutela. Baina muturreko kasuistika baten aldeko aukera ere ez da oso asebetegarria, kanpoan uzten baititu deskribatutako maila bereko beste kasu batzuk. Legelariak, 179. artikuluan hautatu du eraso sexualen oinarritzko mota kualifikatzearen teknika, bereziki larritzat hartuz gorputzeko penetrazioa izan duten erasoak, katalogo itxi be-

---

(94) Auzitegi Gorenaren azaroaren 28ko 955/1996 epaia. Gauza jakina da astungarririk izan gabe bi aringarri batzen badira, zigorra nabarmen jaitsi daitekeela.

zala deskribatzen duen modalitateetan: "haragizko sarbidea, objektuak sartzea edo aho nahiz uzki bidezko penetrazioa" (95).

Delitu horiek intimitate sexuala hertsatu eta iraintzeko egintzak diren aldetik duten zentzua edo esanahia da egintza sexuala egitera bortxatzeak intimitateari kalterik larriena dakarkiola. Inoren gorputza bortxatzea, uzki bidezko penetrazioa burutuz edo biktimaren ahotik zakila derrigorrez sartuz (96), dudarik gabe, beste modutako gorputz-ukipenak baino larritasun handiagoko irainak dira. Eta, era berean, objektuak bagina nahiz uzki bidez sartzea ere. Baina deskribapen itxiaren teknikak kanpoan uzten ditu parekoak diren irain kasuak, horiek ere gorputza manipulatzeko edo inbaditzea baitakarte: behatzak sartzea, mihia, beste batzuen aurrean biluzik agertzea, masturbazioa eginaraztea, animaliak biktimaren gainean jartzea... (97). Legezko deskribapenak gizonaren organo sexualaren zentralitateari eusten dio, erasoaren larritasuna neurtzeko irizpide gisa. Objektuak sartzea da kasu bakarra, non zakila behar ez den; baina kode berriaren lehenbiziko iruzkingileek proposatzen dute gizonaren organo sexualaren antzeko objektuak izan beharko luketela, haren ordezkotza erabiltzekoak (98).

Gorputzaren inbasioaren larritasunaren aipamen batek, kasuz kasuko interpretazioa epai-learen esku utzirik, bide emango luke, ene ustez, biktimaren askatasunari eta intimitate sexualari egiten zaien kaltearen balorazio orokorra zehatzagoa izan dadin. Eta batez ere, emakumeak nozitutako egintza iraingarriak xehetasun mingarriekin arakatzea ekidingo luke.

---

(95) Erredakzioa nahasia eta gramatikaren aldetik traketsa dela esan da, ez delako argi geratu aipatzen duen objektuen sartzea, bagina bidetik gertatzen dena soilik den ala ez, edota uzki bidetikoa ere bai; objektuak aho bidetik sartzeari buruz interpretazio lan bat beharrezkoa da. Oraingo honetan xehetasun horiek ez ditut ukituko eta Kode berriaren iruzkingileei utziko diet zeregin hori: ikus, CARMONA SALGADO, C., *Curso*, op. cit., 310. or.; LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual", op. cit., 52. or.; ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, op. cit. 914. or.; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, op. cit., 237. or.; ORAÁ GONZÁLEZ, J., "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas", in: *La Ley*, 1996ko maiatzaren 27, 4. or.

(96) Ahozko penetrazioa, felazioa deitzen dena, eiakulaziorik behar ez baldin badu ere, doktrinaren aburuz "koitoarekin" parekatu behar ez zen kasu bat da. Horrela, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 183. or.; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., 73. or.; Era berean mintzo zen BOTERE JUDIZIALAREN KONTSEILU NAGUSIA bere *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992*, op. cit., 241, MUÑOZ CONDEren argumentu batzuk berariaz errepikatzen zituela.

(97) Ikus, ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, op. cit., 73. or.

(98) Ikus, ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, op. cit., 914. or.

Pentsatzen denetik inkriminazio penalak abiapuntutzat hartzen duela biktimaren askatasun sexualari egiten zaion kaltea, orain arte gizonaren organo sexualari eman zaion protagonismoa murriztu eta kontuan hartu beharko da laidoaren intentsitatea eraso konkretuaren testuinguru orokorrean, eta orobat, biktimaren intimitateari eta duintasunari zernolako kaltea egiten zaion. Puntu honetan, kode penal berriak, biktimaren gorputzeko zuloetan gizonaren organo sexuala edo beste objektu batzuk sartzeko zerrenda kasuistikoaren aldeko apustua egitearekin ez du gainditu fijasio falokratiko hori. Mota kualifikatuak dakarren zigorraren gogortze inportanteak erakusten digu zein zaila den gizonaren organo sexualari esleitutako zentralitatea albora uztea.

Izan ere, 1989ko erreformatik hasita, koitoa uzki nahiz aho bidezko penetrazioarekin parekatzeak baztertu zituen "conjunctio membrorum" delakoari eta emakumeak jarritako erresistentziaren aztarnak arakatzeari buruzko digresioak, eta penetrazioaren xede izan daitezkeen beste zulo batzuen azterketari ekin zioten. Kasuistika deskriptiboa ugaltu egin da, izan ere, antzina "onestasunaren kontrako abusua" izenburuko delitu orokorrean kokatzen ziren egintzei orain, "eraso kualifikatua gauzatzen deneko momentuak" deitzen zaie (1989. urteaz geroztik, uzki, aho, bagina bidezko bortxaketa burutzea). Penetrazioak eta inbasio modalitateak zenbat eta nolakoak diren kuantifikatzeko joera horrek jurisprudenzian halako kontakizun pornografiko baten tonoa ematen die delitu horien gaineko esplikazioei. Arazoa, oraindik, sexuaren arloa ikuspegi maskulinoan ikustean datza.

Eraso kualifikatuen kasuistika deskriptiboan beste gai bat azpimarratu behar da. Penetrazio modalitate desberdinek gerta daitezkeen eraso motak aipatzen dituzte. Biktimari penetrazio batzuk jasanarazteak, modalitate berdinekoak izan edo ez, bide ematen du delituaren intentsitatea eta larritasuna neurtzeko. Askatasunaren kontrako erasoak ez da neurtzen penetrazio edo objektu sartzeko egintza konkretuan, manipulazio edo egintza guztietan baino. "Bortxaketa" hitza baztertzeak errazago egin beharko luke egintzak beren osotasunean interpretatzea.

### **5.2.5 "EKINTZA BATASUNAREN" EDO DELITUEN "ANIZTASUNAREN" GAINEN IRIZPIDEAK, ERASOTZAILEAREN BULKADA EROTIKOAREN ARABERA**

Bortxaketa ulertzen zenean emakumearekin koitoa egitea bezala —"conjunctio membrorum"— zenbait penetrazio hainbeste delitu kontatzen zen. Jendearengana iristen diren in-

formazioek kontabilitate hori errepikatzen dute: biktima bost aldiz bortxatua izan zen... Gizonezkoek beren balentriak kontatzeko modu berbera, emakumezkoekin izaten omen dituzten arrakastak kontatzen dituztenean. Erasotzaileak bere organo sexuala puska bat berederen sartzea lortzen ez bazuen, emakumea "zorionez" ez zen bortxatua gertatzen, eta esaten zen egitatea saiakera bat besterik ez zela izan eta horren ondorioz zigorra jaisten zitzaien. Hainbat eta hainbat epaitan irakurtzen ditugu honelakoak: "zakilaren penetrazioa, osoa nahiz zati batekoa, emakumearen askatasun sexualaren kontrako erabateko eraso da" (99). Kalifikazio juridikoaren ondorioetarako, ezinbestean zehaztu behar dira figura baten eta bestearen arteko mugak, gauzatzearen eta saioaren artekoak, baina biktimaren askatasunari egiten zaion kaltea ezin daiteke "gorputzadarrak elkartzen diren" momentu horretan justu-justuan kokatu, ordura arte ondasun juridikoa arrisku hutsean aurkitu balitz bezala. Eraso sexualaren egungo eraketan koittoa ez da beharrezkoa eraso burutzat emateko; koittoa, edozein modalitatekoa dela ere, erasoaren larritasuna adierazten duen datu bat da. Datu hori dela medio, kualifikatzen da erasoaren intentsitatea —eta horregatik tipifikatzen da mota larriagotu bezala—, baina ez egintzaren burutzapena. Ene iritziz, horixe bera da, hain justu, "bortxaketa" figura mota autonomo gisa baztertzeak dakarren abantaila bat.

1989ko erreformatik abiatuta, koittoa uzki edo aho bidezko penetrazioarekin parekatzeak berekin ekarri zuen modalitate horietako bakoitza bortxaketa burutzearen momentutzat jotzea, eta horrekin batera biktima berari eginiko eraso sexualean barrena zenbat penetrazio mota jasan dituen hainbeste bortxaketa izan dituela hartuko da kalifikaziotzat. Ordura arte, modalitate horiek "abusu desonestoen" mota orokorrean sartzen ziren, bortxaketaren aldean aplikazio subsidiarioak. Halaz ere, "abusu desonestoen" eta bortxaketaren artean delitu multzo bat izan zitekeela onartzen zen, abusuzko ukipenak ez zirenean koittoaren has-tapen edo hasiera hutsa, "asmo likitseko" beste pasarte "lizun" bat baizik. Era horretako kasuetan, delitu larrienaren barnean sartzeari uko egiten zitzaien, irizpide juridiko-penalei jarraikiz "ekintzaren batasunari" dagozkion ezaugarriak gertatzen ez zirelako (100).

---

(99) Auzitegi Gorenaren otsailaren 12ko 186/1997 epaia; ildo beretik doa A.G.ren maiatzaren 20ko 693/1997 epaia, "emakumearentzat gauzatu da eraso, zeren eta bere baginaren ataria zakilak iragan duela ikusi baitu".

(100) Horrela, adibidez, Auzitegi Gorenaren 1991eko azaroaren 14ko epaia (Erref. Aranzadi 1057), eta A.G.ren 1992ko apirilaren 22ko epaia (Erref. Aranzadi 3183).

“Ekintzaren batasunak” edo “ekintzaren berezko batasunak” kontuan izango luke gizona-ren libidoaren “berezko” funtzionamendua, bere fase desberdinetan: eszitazioa, pultsioa eta “asetasuna”, eta azken puntuan koitoa (101). 1989an bortxaketaren deskribapen legal berriak bagina bidezko haragizko sarbidea uzki nahiz aho bidezko penetrazioarekin parekatu zuenean halako nahasdura bat sortu zen; hasieran, epai ugaritan kontuan hartzen zizuten fiskalek eskatutako sailkapena, hots, biktimak zenbat sarbide sexual mota izan zuen, hainbeste bortxaketa nozitu zuela defendatzen zen. Baina interpretazioko formalismo horrek, ohiko penetrazio motak metagarriak direla esaten duenak, neurritz kanpoko zigorrak zekartzen —24 edo 30eko presoaldiak—, eta ondoren bortxaketatik zigorrak jartzeari buruzko ebazpen batzuen barrenean ere Gobernuari eskatzen zitzaion zigorraren hein batego indultoa (102).

Arian-arian “ekintzaren berezko batasunaren” irizpidea indarra hartuz doa biktima berari eginiko eraso sexualak batera baloratzeko, bortizkeria edo larderia testuinguru berean, esparru berean eta denbora tarte labur batean; baina “pultsio erotikoaren” aipamena elementu erabakigarria da “berezko batasun” horren interpretazioa egiteko. Atzera berriz, “ekintza batasunaren” mugapena egilearen grina sexualaren gorabeheren inguruan ibiliko da: subjektu pasibo berarekin sarbide sexuala berehala errepikatzea “asetzerik izan ez, edo sumindura erotikoak eramana” ekintza zigorgarri bat baizik ez da (103). Edo ildo beretik, “bigarren penetrazioa eta hurrengokoak, larderia beraren eraginpean, lizunkeriako deskarga bat bailitzan, non egileak, bere grinari inolako galgarik jarri gabe bere gurari se-

---

(101) Kasu batzuetan, demagun Auzitegi Gorenaren 1992ko apirilaren 22ko epaian (Erref. Aranzadi 1467), koitoaren ondoko ukipen batzuk ere delitu berean sartzen dira, izan ere, “abusu desonestoa” —masturbazioa— etenik gabe bortxaketaren ondoren gertatu zen, zeina figura deliktibo gisa egiaz burutu zen arren — koitoa desflorazioarekin— ez baitzuen egilearen gurari likitsak agortu (...). Horregatik bi egitate horiek asmo bakarrari, arrazoi lizun berari egozten zaizkio (...)

(102) Horrela ikus daiteke Auzitegi Gorenaren urriaren 26ko 773/1996 epaian, zeinak baliogabetu baitzuen Probintzi Entzutegiaren ebazpena, bortxaketako bi delitu izan zirela zioena, izan ere, haren iritziz koitoak bi bulkada erotiko desberdinen ondorio izan ziren, eta indulto partzial bat proposatu zuen hortik ateratzen zen zigorra neurritz gainekoa iruditu zitzaiolako. Auzitegi Gorenak defentsaren errekurtsioa onartu zuen, esanaz, ezen epaitutako egintzak “bulkada erotiko baten agerpen bikoitza” izan zirela, beraz, onartu behar zen “ekintza batasuna” gertatu zela eta bortxaketa delitu bakarra.

(103) Auzitegi gorenaren 1986ko urtarrilaren 31ko epaia (Erref. Aranzadi 211); 1990eko abenduaren 26koa (Erref. Aranzadi 10.081); A.G.ren 1994ko maiatzaren 25eko Autoa (Erref. Aranzadi 4766).

xualak asetzea besterik bilatzen ez duen, are modurik gaitzesgarrienean (...)", delitu bakar bat osatzen dute (104).

Bortxaketa penetrazioarekin —"atariko penetrazioaren bidez"— burutzen bada ere, eta horretarako ez da eiakulaziorik behar, bigarren "bortxaketarik" ez da gertatuko oraindik egileak bere pulsio erotikoa deskargatu ez badu. Alderantziz, bigarren bortxaketa izango litzateke erasotzaileak bigarren pasarte lizun bati ekingo balio beste "bulkada sexual" baten eraginpean. "Bulkada erotiko bakarra" izan den ala "bi" izan diren erabakitzea ez da erraza; horrela ikusten dugu Auzitegi Gorenak zuzentzen dietela "bi bulkada" bereizi izan zirela zioten instantziako epaitegiei, beraz, haien arabera bi bortxaketa izango ziren, eta Gorenarentzat, aldiz, bi penetrazio horiek bulkada erotiko beraren agerpen bikoitza izango ziren" (105). Bakarrik faltako zen egileek beren bulkadak azkarrago edo motelago burutzeko dituzten trebezien edo ahuldadeen gaineko adierazpenak errepikatzea, trebetasun horrek ikustekorik bailuen ondasun juridikoari eginiko eraso intentsitate handiago edo txikiagokoa izatearekin.

Eraso sexualaren biktimei ñabardura horietan jarduteak segurik halako etsipen bat sortaraziko die. Parametro juridikoetatik huskeriak dira. Biktimaren askatasunari eta duintasunari egiten zaien irainak ez du zerikusirik "bulkaden" kopuruarekin, bai ordea manipulazio modu konkretuarekin, menpean den denbora luzeagoa edo motzagoa izatearekin eta egoera iraingarrien multzoarekin. 179. artikuluko eraso sexualaren mota penal kualifikatuan deskribatzen dira larritasun handiko hainbat jokabide, eraso egite larriagotuaren modalitate desberdin bezala har daitezkeenak. Horren arabera horrelako batzuk batera gertatzen direnean ez dira delitu bat baino gehiago izan balira bezala hartu behar, nahiz eta, kasuan kasuko inguruabarrei erreparatuz, kontuan hartu behar den ondasun juridikoei egiten zaien laidoa.

"Ekintzaren berezko batasuna" izan dela ohartzeko ez du deus gehiago eskatzen beste edozein motatako delituetan ohikoak diren ñabardurak egitea baino. Zorionez, duela gutxi emandako ebazpenetan, delituen batasunari edo aniztasunari buruzko mugapen irizpideak jarraibide orokorren arabera bideratzen dira. Horrela, adibidez, 1995eko azaroaren 13ko epaia, geroztik emandakoen eredu izango da:

---

(104) A.G.-ren apirilaren 21eko 176/1992 epaia.

(105) Ikus, A.G.-ren urriaren 26ko 773/1996 epaia (lehen aipatua), eta A.G.-ren apirilaren 19ko 513/1997 zenbakikoa.

(...) Entzutegiak ulertu zuen ez zegoela ekintza batasunik 'metatutako ekintzak ageri-age-  
rian denboran tartekatua izan direla nabarmen agertzen denean, eta frogatu denean ho-  
rietako bakoitza bulkada erotiko desberdinen erantzuna izan dela, hala nola, aho bidezko  
eta baginako bortxaketak txandakatzen direnean" (...)

Entzutegiaren irizpideak, ikusten denez, haragizko sarbideei erabateko balioa ematen die  
bortxaketa ekintzen batasuna edo aniztasuna zehazterakoan. Ikuspuntu hori, hala ere, ez  
da erabakigarria, onartu beharko lukeelako sarbide beretik eginiko penetrazio batzuk,  
egintza sexual bati dagokion denbora tarte baten barrenean egin arren, beste hainbeste  
ekintza inplikaturik lituzketela, eta hori jurisprudentiaren ikusmoldeari kontrajarriko litzaio-  
ke, hark ekintza batasuna zentzu naturalean hartzen duelako. Alde horretatik, argi dago de-  
litu baten mota objektiboak burutzen duen gorputz mugimendu bat jarraian errepikatzea,  
ekintza bakartzat hartu behar dela, konparazio baterako lesioen delituen antzera, zeinetan  
biktimari emandako kolpeak ez baitira ekintza anitz balira bezala kontatzen, gorputzaren  
atal desberdinak kolpatu badira ere" (106).

Illo beretik, 1995eko azaroaren 20ko epaiak balio gabe utzi zuen Entzutegiaren ebazpen  
bat, zeinetan bortxaketako bi delitu kontatu baitzituen, baginako bi penetrazioengatik, on-  
doren delitu jarraituaren erregelak aplikatu zituelarik. Eraso sexual bortitzak "delitu jarrai-  
tuztat" hartzea desegokia dela oroitaraziz, Auzitegiak gogora ekartzen ditu kasuari aplikat-  
dakizkiokeen "ekintza batasunaren" baldintzak: egintza partzial batzuk, gurari bakar bati  
zor zaizkionak, denboran eta espazioan lotuak, eta ikusle inpartzial batentzat batasun bat  
osatzen dutenak. Ekintza batzuk denbora tarte labur batean errepikatzearen ondorioa da  
lesio deliktiboak "progresio kuantitatibo bat izatea bidegabeko ekintza batasun horren bar-  
nean". Eta azkenik eranstean du "bortxaketa delitu bakar bat dagoela, eta delitu horri dago-  
kion zigorraren mailan, haragizko sarbide bakar batean oinarritutako delitu soilen kasuetan  
legokiokeena baino zigor gogorragoa merezi duela (...) antijurizitate handiagoa izateaga-  
tik" (107).

---

(106) A.G.-ren azaroaren 13ko 1118/1995 epaia.

(107) A.G.-ren azaroaren 20ko 1150/1995 epaia.

Arau juridikoak gorpuzten dira epaileak birsortzen dituenean, horien nondik norakoa eta edukia mugatuz. Epaileak hartzen duen ikuspegi baloratiboak eragin erabakigarria du legea aplikatzearekin gizarteari transmititzen zaion mezuan, ez bakarrik kondena edo absoluziozko erabakien bidez, baizik eta erabaki horiek arrazoitzen dituzten esplikazioen bitartez, batez ere. Biktimaren askatasuna babestearen aldeko desplazamenduak aldatu egin du arrazoibide jurisdikzionalaren zentzua. Hala ere, kontzeptu eta jarraibide tradizionalak hain errotuak daude, ezen oraindik ere gogoan hartzeko adina presentzia mantentzen dutela, aurreko ataletan aipatu diren berriki emandako ebazpenetan ikusi ahal izan den bezala.

Gorputz-ukipen mota konkretuei emandako garrantzia dela-eta frogatikaren zentraltasunari eusteko joera dago, eraso sexualaren larritasuna neurtzeko ondorioetarako. Bistan denez, askatasun urratuaren berriazko arloa da sexualitatearen erabilpenarena, eta ezin ukatzkoa da biktima bere gorputza ukitzen duen testuinguru sexual batean nahasirik gertatzen dela. Baina horrek ez du inola ere galdatzen “ukipen” edo “penetrazio” bakoitzaren bereizkuntza xehekatua egin beharra, zeinek baitirudi biktimaren gorputza delituaren “helburu material” bakartzat hartzen duela.

Babestutako ondasun juridikoa sexualitatea erabiltzeko askatasuna baldin bada eta arlo horretan erabakia hartzeko autonomiari dagokion intimitatea gerizatzea, erasoaren “helburua”, erasotzen dena, alegia, gorputza baino gehiago esparru horretan erabakia hartzeko ahalmena da. Autonomia hertsatzeak pertsonaren duintasunaren funtsezko alderdiei erasotzea esan nahi du eta hori askatasunari kalte egite soila baino zerbait gehiago da. Arlo sexuala pertsonen arteko harremanen gordeleku estimatuenetako bat da, bertan mamitzen baitira nortasunaren alderdi funtsezkoenak, beraz, gordeleku hori zapaltzea nortasunari egin dakioken irainik itsusiena da.

Egitatearen osagai sexuala batik bat delitugilearen baitan gelditzen da. Aldartearen, grina erotikoaren, asealdi likitsaren gaineko adierazpen guztiek kontaktari halako eduki sexuala ematen diote. Baina biktimarentzat, haren pairamena ez da batere “sexuala”, fisikoa eta psikikoa baizik, nozitu behar duen irain larriagatik. Ikuspegi maskulintik, agian, usteko da subjektu pasiboa bulkada sexualaren eraginez diharduenean subjektu jasaleak “parte hartzen duela” gertakari “sexual” batean. Biktimaren ikuspegia —gehienetan emakumea— arunt bestelakoa da. Beste ezeren gainetik eraso sexuala da menperatze basa eta jasane-

---

zina edo abusu sexualaren kasuan zirkunstantziek bultzatutako menpekotasuna. Kasu bietan jarraipen bat edo funtsezko antzekotasun bat dago biktimari egiten zaion kaltean: erasotzaileak bere apetaren menpeko biktima behe mailako izaki bihurtzen duela. Pertzepzio horrek, emakumezko biktimaren kasuan oroitarazten dizkigu gainditu nahi ditugun egoera ezagun horien irudiak.

Ez da egiteko erraza mendez mendeko erroituriko esanahiak deseraikitzea, batez ere biktimak berak nozitzen dituelarik bere biktimizazioaren parte bat bezala. Eta are zailagoa da baldin eta biktimari laguntza eman behar diona edo haren testigantza bildu behar duena ados badago urragarritasunaren eta hauskortasun sozialaren adiera haiekin, eta zer esanik ez, ados badago menpekotasun egoerak, "tutoretza" egoera bezala gaizki ulertzen direnak, onartzearekin.

Sexuarekin loturiko indar adierazkorra eta karga sinbolikoa hain handiak izaki, zailago egiten da orientazioa aldatzea. Gorputzaren intimitatea inbaditzearen larritasun berariazkoa inola ere gutxietsi gabe, uste dut delitu horiek definitzeko giltza bezala, arlo sexualaren zentraltasuna ezabatu beharko litzatekeela. Biktimaren gainean erabiltzen diren adjetiboak —emakume bortxatua, desohoratua, desfloratua— ezabatzearekin, egitate horiekin batera eta nozitzen dutenen kaltetan izaten diren biktimizazio eta morboaren dosiak hein handi batean desagertuko dira. Eraso sexual batek berekin daraman trauma nabaria ez da funtsez gutxitzen hitzak aldatzearekin. Norberaren nortasunaren eta errekonozimendu sozialaren irudikapenak elementu konplexuetan oinarritzen dira. Duintasun kaltetua lehengoratzeko beharrezkoa da biktimak bere izena berreskuratzea, baina bere gorputzaren intimitatea nola erabilia izan den adierazi nahi duten adjetiborik gabe.

Batez ere, diskurtso juridikoak bide emango du elementu nagusia den askatasuna kaltetzea gertakarien esplikazioan kokatzeko. Horixe da egilearen jokabidearen gaitzespena adierazi eta jendaurrean jakitera eman behar den mezua: besteren autonomia hautsi izana.

Gaur egungo egoera historiko-kulturalean, batek bere erabakiak hartzeko duen autonomia eta egiazko aukerak desberdinak izan ohi dira, norberaren egoeraren arabera. Norberaren nortasunaren interpretazioa, urragarritasuna edo erasoak nahiz abusuak izateko benetako arriskua ez dira berdinak pertsona guztientzat. Estigmatizazio bati aurre egiteko eta eraso sexual baten aurrean erreakzionatzeko edo traumarik gabe asimilatzeke aukerak gehiago edo gutxiago izango dira, norberaren rol sozialaren gainean asumitu diren esanahi desberdinen arabera

---

Horregatik ez da erraza erantzun egokiak asmatzea eraso sexualen esanahia adierazterakoan. Aukera berdintasuna lorturik eta menpekotasuneko harremanak gaindituta egongo balira, eraso sexualak hartuko lirateke askatasunaren kontrako delituen barneko modalitate bat bezala, larriagotuak bestalde, gorputzaren intimitateari eginiko erasoarengatik, izan ere, egilearentzat esanahi sexuala izan arren biktimaren intimitateari edo "integritate moralari" kaltea baizik ez die ekartzen egintzak jasari edo burutu beharrak" (108). Etorrizunari begira ere, egokiena litzateke, eskuarki, bortizkeria nahiz larderia bidezko eraso sexualak "integritate moralaren" kontrako delituen eremuan kokatzea.

---

(108) 1995eko Kode Penalean berrikuntza gisa "integritate moralaren kontrako" delitu generikoa sartu zen, agintariak edo funtzionarioak eginiko tortura delituekin batera. Jokabide tipikoa sobera zabala eta lausoa izatearen kritika (173. art.): "beste pertsona bati tratu degradatzailea ematen dionak, haren integritate moralari kalte larria eginez, sei hilabetetik bi urtera arteko presoaldiko zigorra izango du", eta sor dezakeen segurtasun juridiko eza, gainditzen ahal dira baldin eta interpretazio murrizgarriak aurrera egiten badu. Biktima "objektu" huts bat balitz bezala erabiltzeak, jokabide batzuk edo egintza batzuk zinez iraingarri eta laidogarriak, esklabutzairen garaioak, giza duintasuna ukatzen dutenak, eginarazteak esanahi berariazkoa dute gorputzeko kaltearen, askatasun kentzearen, edo mehatxu eta hertsapenen ikuspuntu baloratibotik ulertzen ez dena, eta hala ere, degradaziozko tratu bat ezartzeko moduak aipatu planoak izan ditzake. (Ikus, 177. artikulua, integritate moralari egiten zaion erasoarekin batera ager daitezkeen delituei buruzkoa).

---

**ÁNGELES REY AVILÉS**  
**Pontevedrako abokatua**

*Jazarpen*  
*sexuala*

## 1.

# *Kontzeptuaren hurbilketa. Espainiar Lurzenbide positiboa*

Kode Penalak, bere 184. artikuluan Jazarpen Sexualeko jokabideak tipifikatzen ditu, eta jazarpena deitzen dio fabore sexualak norberarentzat edo beste batentzat eskatzeari, subjektu aktiboa lan munduan duen nagusitasunaz baliatuz eta biktimari lan harremanen eremuan dituen itzaropide legitimoetan kaltetzeko agirizko nahiz isilpeko mehatxupean.

Gai honi buruz, Diego López Garridok honela adierazten digu: "Tituluaren izenarekin bat eginez (ikusitako jokabideak) askatasuna, oraigo honetan askatasun sexuala, nolabait her-tsi egin nahi da, biktimaren aldetik portaera jakin bat lortzeko. Horrela, egoera horren ezaugarria izan ohi da egileak subjektu pasiboen gainean halako gailentasun egoera erdiesten duela eta nagusitasun hori dela-eta biktimari ondorio onuragarriak edo kaltegarriak etor dakizkiokela".

Kode Penalak jazarpen sexualaz duen erregulazioa partziala da, eta bere ingurunetik kanpo gelditzen dira lan harremanen eremuan kokatzen diren portaerak, zeinetan prebalimendu egoera ez izan arren, askatasun sexualaren kontrako elementu hertsagarria agertzen baita, hau da, jazarpena, laneko kideen aldetik, edo "inguruneko jazarpena".

Eredu hau kritikatu izan da. López Garridok dioenez: "artikulua aski motz gelditzen da txantaiatz bakarrik mintzo delako eta... aski da norberarentzat edo beste batentzat fabore sexualak bilatu nahi dituzten hitzen edo egintzen bidez hertsapen bat edo irain bat gertatzea, hori delitu bezala zehatu beharra izateko..., eta gainera hierarkian gainetik daudenak aipatzen ditu soilik, nahiz eta maila profesional bereko pertsonekin ere gertatzen den".

Edozein modutan ere, eta aurreko ñabardurak gora-behera, "jazarpen sexuala" delitu gisa hartzeari egoki deritzot, eta hori arau penalak berarekin daraman disuasio-eginkizunagatik. Javier Barrero diputatuak Parlamentuko eztabaidan esan zuen bezala, "Kode Penalak eginkizun pedagogiko bat dauka, eta delitu bat izanik, jazartzaile askok jakingo dute zigortuak izan daitezkeela".

184. artikulua dioenera itzuliz, jokabide horrentzat hamabi asteburutik hogeita lau arteko arrestua ezartzen du edo sei hilabetetik hamabi hilabetera arteko isuna. Kode Penalaren espiritu eta printzipioekin bat, zehapen hori egokia da. Arestian aipatutako diputatu sozialis-

tak zioen "era horretako arrestoekin bilatu nahi da errudunak lana ez dezala utzi, azkenik haren familiarentzat kalte gehigarri bat litzatekeelako".

Prozeduraren betekizun gisa, Kode Penaleko 191. artikulua eskatzen duenez, pertsona irainduak salaketa egin behar du, eta horrela aukera ematen da Ministerio Fiskalak auzia jar dezan, dauden interes legitimoen ponderazioan, aukera prozesalaren printzipioa berriaz jasoz.

Era berean, horrelako jokabideei aplikatu dakieke Kode Penaleko 620.2 artikuluan xedatzen den hutsegitea, zeinek hamar egunetik hogeira arteko isunaz zigortzen ditu "norbaiti mehatxu, hertsipen, laido edo irain arina egiten dioten pertsonak".

Eta azkenik, adierazi behar da askatasun sexualaren kontrako delituei buruz aplikatu daitezkeen bestelako zigor motak, jazarpen sexuala daraman jokabideen neurria eta larritasuna kontuan hartuta, Kode Penaleko 73. artikulutik 79.era bitarte, aipatzen diren lege edo delituei buruz aurreikusitako arauen bidez.

Orain arte hitz egin dut gure Zuzenbidean sartu berri den jazarpen sexualaz, txantaia sexuala den aldetik. Gure lan zuzenbidean ere gai honi buruzko kezka handituz joan da, gizarte jurisdikzioan jazarpenaren biktimentzako babes egokia arautua dagoelarik. Ondoko lerroetan lan arloko jazarpenaren kontzeptu juridikoa mugatzen eta horren aurrean babes elementuak taxutzen ahaleginduko naiz, kontuan hartuz ez ditugula begibistatik aldendu behar jazarpenaren kontrako babes tresnek bere esparru naturalean egon behar dutela, hau da, lan harremanen eta gizarte jurisdikzioaren esparruan.

Martxoaren 3ko 3/89 Legea aldarrikatu arte, gure Zuzenbidean ez zegoen jazarpen sexualaren berriazko aipamenik. Horrela, Langileen Estatutuak, jatorrizko erredakzioan (martxoaren 10eko 8/80 Legea), bere 4.2.e) artikuluan ezartzen zuen langileek "beren intimitatea errespetatua eta beren duintasuna aintzakotzat hartua izateko duten eskubidea". Martxoaren 3ko 3/89 Legeak, bere zioen adierazpenean baieztatzen duenez, "indarrean dagoen arauterian ezarriak daude jada lan arloan jazarpen sexualako egoerei aurrea har diezaiekeen eskubideak... (baina) eskubide orokor horiek eraginkorrago izango badira argiago egon behar dute". Horregatik, lehen aipatu Legeak erredaktatutako Langileen Estatutuen 4.2.e) artikulua erantzen du langileen duintasuna eta intimitatea babesteak "babesa dakarrela berekin izaera sexualako hitzezko irainen edo irain fisikoen aurrean".

Puntu honetaz Fernando Lousadak dio, ezen "Langileen Estatutuen 4.2.e) artikulua araberak, jazarpen sexualaren subjektu aktiboa enpresariaren pertsonarengan edo subjektu pasiboa emakumezko langilearengan ez mugatzearekin legeak asmatu duela esan badaiteke,

---

badirudi, ordea, ez duela asmatzen jazarpenaren egintza zehazterakoan, hitzezkoa edo fisikoa soilik aipatzearekin, izan ere, inolako arrazoirik gabe, babes juridikotik bazter geratzen ahal dira eraso fisikorik eta hitzik gabeko jokabideak, ahantziz, alde batetik, ohikoena ez bada ere, txantaia sexuala gerta daitekeela hitzik gabeko jokabide gestualen bitartez, eta beste alde batetik, sarri askotan, ingurunekeo jazarpena hitzik gabeko jokabideetatik etor daitekeela, esate baterako lantokian irudi pornografikoak bistan jarritz”.

Hala eta guztiz ere, 4.2.e) artikulua, orokorrean, langilearen eskubidea babestiaz ari denean, “haren intimitatearen errespetuaz eta haren duintasunari zor zaion begiramenez”, bide ematen du beste era horretako jokabideak jorratzeko. Dударik ez dago jazarpen sexualaren multzoan biltzen ditugun jokabide horiek aipatzeak ondorio pedagogikoak sortzen dituela eta kontzeptu juridiko berri honen elementuak banan banan bereizteko balio digula.

Lehenik eta behin esan dezakegu Langileen Estatutuak babesa eskaintzen duela txantaia sexualaren eta ingurunekeo jazarpenaren aurrean, kontzeptu biak orokorragoa den jazarpen sexualan biltzen direlarik. Gure jurisprudentzia soziala, zeinetan aipa baitaitezke Auzitegi Gorenak 1991ko martxoaren 20an eta Balearetako Auzitegi Nagusiak 1991ko otsailaren 11n (Ar.S. 1.621) emandako epaiak, bi egoera horietaz mintzatu da. Jokabide bataren eta bestearen artean dagoen funtsezko aldea da baldintzapen bat badela.

Esan dezakegu, halaber, “izaera sexualeskoa” esapidarekin Langileen Estatutuak esan nahi duela haragizko satisfakzio bat edo kontaktu bat erdiestea. Horrela ongi berezita gelditzen dira hori eta “sexuan arrazoituriko jazarpena” xede duten beste jokabide horiek.

Jazarpenaren hirugarren elementu definitzailea da daukan izaera iraingarria, eta bidena-bar une honetan zehaztu beharra dugu Legean zein zentzutan erabiltzen den iraina hitza. Fernando Lousadari jarraikiz “iraina hitza ulertu behar da zentzu objektiboari eta subjektiboari buruz, txandakatuta, izan ere, iraingarria da zentzu objektiboan nahiz eta zentzu subjektiboan ez izan eta alderantziz, iraingarria da zentzu subjektiboan nahiz eta zentzu objektiboan ez izan, eta nolana ere bi zentzutan, objektiboan nola subjektiboan dena. Azken batean, jazarpenaren aurrean ahalik eta babes handiena ematea da xedea, eta iraingarritzat jotzen da sozialki pertsonen duintasunari erasotzen dion guztia eta, nola ez, biktimaren iritziaren kontrakoa izan daitekeen guztia. Zentzu objektiboan iraingarritasuna alboratzen ez delarik, ondorioz, lan arloko jazarpen sexualaren kontrako babesaren esparrua zabaldtu egin da”.

## *Babes jurisdikzionalaren tresna sozialak jazarpen sexualaren aurrean*

Kontzeptua zehaztu ondotik, lan harremanetako jazarpen sexualaren aurrean babes elementuak mamitu behar dira.

Lehen esan dudan legez, Langileen Estatutuen 4. artikuluan langilearen eskubideen benetako gutuna dago. Aurreneko lerroaldean "oinarrizko eskubideak" izenburuarekin eta bigarrenean "eskubideak lan harremanetan". Horien artean, doktrinarentzat egiazko lan eskubide subjektiboak baitira, lan harremanetan jazarpen sexualik ez nozitzeko eskubidea agertzen da.

Eskubide hau, gainera, Konstituzioan ere islatzen da eta lege antolamenduak babes berezia ematen dio (Espainiako Konstituzioaren 53.2 art.), bertan zuzenean lotzen zaiolako intimitatea eta pertsonaren duintasuna errespetatzeko funtsezko eskubideari, eta orobat diskriminaziorik ez izateko eskubideari, eta horiek denak eskubide funtsezkoen eta libertate publikoen zerrendan daude sartuak.

Eskubide hori kontratuzko esparrukoa da eta eduki konplexukoa. Langileen Estatutuak jazarpen sexualik ez izateko eskubidea "lan harremanetako eskubideen artean" aitortua izateak ez du esan nahi, noski, Fernando Lousadaren hitzetan "botere publikoek funtsezko eskubideekin loturak hausten dituztela harreman pribatuetan, aitzitik baizik, behartzen baituzte esparru kontraktualean eskuhartzera, eskubide horiek berma daitezten... erreakzio eskubide bat eta babes eskubide bat eratuz".

Botere publikoek Konstituzioaren manua bete behar dute, behar diren baldintzak sustatzearena, alegia, hiritarren askatasuna eta berdintasuna errealak eta eraginkorrak izan daitezten, eta hori lortzeko dauden oztopoak eta eragozpenak garbitu behar dituzte, eta gainera behartuta daude hiritarren partaidetza errazteko politika, ekonomia, kultura eta gizartearen arloetan. Ez dezagun ahantz Konstituzio Auzitegiak uztailaren 19ko 88/85 epaian zioskuna: lan kontratua sinatzeak ez du esan nahi inola ere parte bat, langilea kasu honetan, hiritar bezala Konstituzioak aitortzen dizkion eskubide horiek gabe gelditu behar denik".

Jazarpen sexualaren gaineko gogamenak, berez jokabide diskriminatzailea dena, langilearen eta hiritarraren funtsezko eskubideak urratzen dituena, zera esanarazten digu, Teresa del Río-rekin batera: "lan harremanen esparruan jarduketa gutxi dira langileei aitortutako funtsezko eta legezko eskubideak jazarpen sexualak bezainbeste bortxatzen dituztenak".

---

Baieztapen horien ondorio juridikoak hauek dira: babes tresna ugari eta elkarri ukatzen ez diotenak daudela, honela gauzatzen direnak: gizarte organo jurisdikzionalen babesa, administrazio eta enpresen arteko esparruaren babesa, eta Gizarte Segurantzaren arloko babesa, zeinek berrikuntza bat ekarri baitigu, jazarpena lan istriputzat hartzearena, alegia. Babes jurisdikzionala hiru motatako ekintzetan oinarritzen da: ezeztapenezkoa, ebazpenezkoa eta kalte-ordainaren bidezkoa.

## **2.1**

### **EZEZTAPEN EKINTZA**

Erabatekoa eta borobila dirudien arren, kasu batzuetan ez da soluziorik egokiena izaten, adibidez, kontratazioaren aurretik gertatzen diren jazarpen egoerak gertatzen direnean edo txantaila sexuala izanagatik ere lan eskubideen galera nabaria frogatzen ez denean edo inguruneke jazarpen kasuetan.

Ezeztapenezko ekintza, eta Langileen Estatutuko 17. artikuluan legez sustengatzen da horrela, erabili beharko litzateke lan eskubideen galera nabaria gertatzen den kasuetan, 17. art.: "enpresariak bere gisa hartutako erabakiak baliorik eta indarrik gabe gelditzen direla ulertuko da... sexuan arrazoitutako inguruabarrak direla-eta, erabaki horiek lansarien, lanaldien eta laneko beste baldintzen arloan eta enpleguaren aldetik aldeko nahiz kontrako diskriminazioak dakartzatenean".

Lugoko Sozialeko 2. Epaitegiak otsailaren 4ko 52/94 epaian honela dio: "kaleratzeko alegatu den arrazoia aitzakia bat besterik ez da... zeren benetako arrazoia da emakumezko langileak uko egin ziola enpresariaren eskakizunei azken hilabeteetan eta langileak behin eta berriz errefusatu zituela zirri egiteko ahalegin guztiak... Aipatu arrazoiengatik kaleratze hori balio gabe deklaratzeko da oinarritzeko eskubideak bortxatu direlako... kaleratze gutunean datorren alegazioa itxurakeria hutsa da eta, askatasun pertsonalaren kontrako eraso bat ezkutatu nahi duena".

## **2.2**

### **EBAZPEN EKINTZA**

Langileen Estatutuko 50. artikulua ezartzen du, ezen "enpresariak bere betebeharren ez-betetze larria egiten badu, arrazoi zuzena dela langileak lan kontratuaren iraungipena eskatu ahal izateko".

Parekatzen baditugu artikulu hau eta lehen aipatu dugun L.E.ko 4.2.e) , zeinetan aitortzen baita langileek duten babes eskubidea izaera sexualeko hitzen bidezko irainen nahiz irain fisikoen aurrean, ondorio honetara iritsiko gara, hots, jazarpen sexuala kontratua iraungitzeke arrazoi zuzena dela, ez-betetzea larritzat jotzen baldin bada.

Ekintza honek, ezeztapenezkoarekin alderatuta, ezagun du jazarpen kasu gehiagotan aplikatu daitekeela: elkar-trukeko edo ingurunekoa; lan eskubideak nabariki galduta nahiz gabe; eta jazarpen larria.

Baina akats bat dauka, eta ez nolanhikoa, lanpostuaren galera.

Aipatu beharra dago, halaber, zerbitzuak ematea langilearentzat arrisku fisiko edo moral larria dakarten kasuetan, behin eta berriz jurisprudentziak onartzen duela langilea zerbitzu ematetik geratzea, harik eta epaileak erabakia hartu arte, eta jarrera hori ez da lana uztea bezala hartzen. Gai honi buruz Lan Epaitegi Zentralak 1985eko uztailaren 2an emandako epaian honako arrazoiak eman zituen: "auzi-eskatzailleak lanpostua utzi izan balu ere instantziaren epaia diktatu aurretik, dudarik ez dago, Sail honek behin eta berriz adierazi duen doktrinaren arabera... Alabaina, lan kontratuaren gaineko ebazpen ekintzak aurrera egin dezan, ezinbesteko baldintza bada ere laneko loturari eustea eta horretan jarraitzea, baldintza hori desagertzen da langilearen integritate fisikoa arriskutan badago edo bere duintasun pertsonalarentzat irainak nozitzeko arriskua dagoela ikusten badu ... eta begibistakoa da auzi-eskatzaillearen jokabidea justifikatuta dagoela".

## 2.3

## KALTE-ORDAINAREN EKINTZA

Fernando Lousadaren hitzetan: "agian, lan harremanetan jazarpen sexualaren indorioz izandako galerak eta kalteak kitatzeko babesik eraginkorrena kalte-ordain ekonomikoa izan daiteke".

Abantail hauek ditu, besteak beste:

- Kalte materialak ezezik moralak ere kontuan hartzen ditu, horregatik eraginkorra da lan eskubideen galera nabaria ez den kasuetarako.
- Enpresaria behartzen du enpresa barruan jazarpenaren kontrako bideak ipintzera.
- Bidea ematen du zentzu hertsian lan harremanik (kontratazioa) ez den kasuetan babesa, bederen, izan dadin.
- Ez du langilea lanpostua uztera behartzen eta beste ekintzekin bateragarria da.

---

Garrantzi handiko puntua da laneko jazarpen kasuetan zehaztea zein den kalte-ordainei buruzko erabakia hartu behar duen jurisdikzioa.

Ordena sozialeko organo judizialek onartu dute hainbat ebazpenetan badutela eskumena gai honetan. Laneko jazarpen sexuala lan harremanetan suertatzen da, ordena soziala kalte-ordaina erreklamatzeko "berezko bidea" da, langilearen beste eskubide funtsezkoak urratzen direnean bezala, a.b. askatasun sindikala. Jurisprudentziako doktrina hauxe bera da Konstituzio Auzitegiak ekainaren 22ko 55/83 epaian, urtarrilaren 21eko 3/88an eta martxoaren 22ko 51/88an mantendu duena.

Kalte-ordainen arloan, jazarpen sexuala delitu edo hutsegite gisa tipifikatzen denean soilik izango du eskumena beste jurisdikzio ordena batek, penalak alegia, baina edonola ere biktimak aukera izango du kalte-ordainaren ekintza lan bidetik erabiltzeko, penalak eten edo geldiarazi gabe.

## *Probari buruzko auziak era honetako prozesuetan*

Beste ildo batetik, laneko jazarpen sexualaren azterlanari ekitean, ezinbestekoa da probaren auzia aipatzea.

Jazarpen sexualeko egoerak gertatzen direnean, eskuarki, askatasun sexualaren kontrako delituekin gertatzen den bezala, egintza horiek lekukorik, publizitaterik gabe gertatzen dira, eta halakorik izanda ere, zaila izaten da lankideen testigantza lortzea, izan daitezkeen errepresalien beldur izaten baitira.

Horregatik, ordena sozialeko auzitegiek ahozko epaiketetan proba nagusitzat jazarpenaren biktimaren aitortpena hartu beharrean izaten dira, eta alde horretatik, uztailaren 3ko 448/95 epaian, Vigoko 2. Epaitegi Sozialak arrazoi hauek eman zituen: "auzi-eskatzailaren eta demandatuaren arteko adierazpenetan kontraesan nabarmenak daude, baina probatutzat jo dugu auzi-jartzailearen bertsioa, haren azalpena baliogabe dezakeen arrazoi objektiborik ez dagoelako... izan ere lanarekin kontent egonda zergatik asmatu behar zuen batere mesederik egiten ez dion gertaera bat?".

Arestian aipatutako probatze modu horrekin hertsiki lotuta dago Konstituzio Auzitegiak bere garaian "probaren karga alderantziz jartzea" deitu zuena. Hori ulertzeko egokia da Galiziako Justizi Auzitegi Nagusiaren 93.12.22 epaia: "diskriminaziorako asmoa egiaztatzea hagitz zaila denez gero, L.L.P.ko 96. artikulua nolabaiteko kontrapisu prozesala ezartzen du printzipioz prebalentziakoa dirudien demandatuaren egoeraren aurrean, eta funtsezko eskubide bat bortxatua izan delako aztarnak agertzen direnean, Kode Zibileko 1214. artikuluan zehazten den probaren karga printzipioen zuzenketa bat ezartzen du, probaren karga hori demantatuarengana desplazatu dadin, ez, noski, erasorik ez izatearen frogagisa, izan ere egintza negatiboen gaineko frogaguztiak bezala nekeza baita praktikatzea, baizik eta karga prozesal bat ezartzen zaio egiazta dezan bere egintzaren zergatia arrazoi objektibo edo arrazoizkoetan datzala, eta oinarritzko eskubidea diskriminatze edo urratzeko borondaterik ez zegoela".

#### 4.

## *Jazarpen sexuala, lan istripu gisa*

Jazarpen sexualaren aurrean laneko ordenak eskaintzen dituen babesbideen zerrendari jarraikiz, arreta jar dezagun jazarpen sexuala definitzen duten elementuetako batean, lanarekin duen loturan, alegia.

Gizarte Segurantzari buruzko Lege Orokorreko 115.1 artikulua ezartzen duenez "lan istripuztat hartuko da langileak inoren konturako lanean jardunez edo lanaren ondorioz min hartzen badu".

Jazarpen sexualeko egoera baten ondorioz biktimak min hartzen badu, fisikoa nahiz psikikoa, hori ere lan istripuztat hartuko da.

Horrela ulertu zuen Ciudad Realeko 2. zk.ko Lan Magistraturak 1987.12.29an emandako epaian, gero Gaztela Mantxako Justizi Auzitegi Nagusiak 89.11.16ko epaian eta orainago Vigoko Sozial arloko Epaitegiak 1996.6.25eko epaian berretsi duten horretan, zeinen hirugarren zuzenbide oinarrian berresten baita jazarpen sexualeko kasu batean "lotura kausala dagoela lan egoeraren eta pairamendu fisikoaren artean".

Beraz, ez dago dudarik segurtasun sozialaren arloan antolamenduak babesa ezartzen duela laneko jazarpen sexualaren aurrean.

Jazarpenaren kontrako babesak administrazioaren zehapen esparruan ere aurkitzen dugu, horrela, ordena sozialeko arau-haustek deitzen direnen arteko batzuetan koka daiteke.

Langileen Estatutuaren 93-97. artikuluetan (martxoaren 24ko 1/95 E.D.L.), eta Laneko Arriskuei Aurrea hartzeko azaroaren 8ko 31/95 Legearen 42-54. artikuluetan erregulatzen dira lan arloko eta laneko segurtasun eta higiene eta osasun arloetako arau-haustek.

Azkenik, bukatzeko, eta enpresa barruko esparruari gagozkiolarik, aipa daiteke jazarpen sexualaren biktimak seguraski gehien estimatzen duen babes bidea, hain zuzen ere horri aurrea hartzea eta disziplina zehapena, biktimak nahiago duelako jazarpenaren deuseztatpena eta normaltasuna berreskuratzea bere lan harremanetan, kanpoko bidera jo beharra alde batera utzita. Bistan denez, jazarpen egilea enpresaria bera denean, enpresa barneko babesik ez da izaten. Bestela, enpresa barneko zehapenak abantail handiak eskainiko lituzke, batez ere jazarpen jokabideei aurrea hartzeko, eta aski litzateke Hitzarmen Kolektiboetan aurreikusten ohi diren neurriak aplikatzea.

Hitzarmen kolektiboak segurtatzen ditu aurrea hartzeko, babesteko eta zehatzeko bideak, modurik egokienean, enpresarien eta langileen arteko itun baten emaitza izaten delako eta bi aldeek aukeratutako neurriak benetan betetzearen ardura hartzen dutelako.

Azalpen honi amaiera emateko laburbil dezakegu esanaz jazarpen sexualaren biktimak aurreneko aldiz dutela babes penalaren laguntza Espainiako antolamenduan. Zehazkiago, laneko jazarpen sexualari dagokionez, hori baita ugariena, adierazi dugu gure araudiak eskaintzen duen babesak joria dela, era askotakoa eta handituz doana: L.L.P.ean erregulatutako oinarrizko eskubideen tutoretza prozesu berezitik hasi eta emakumezko langileak lege beraren babesean ekin ditzakeen beste era batzuetako ekintzetara; hasi arau-hauste administratiboaren tipifikazioan biltzen diren babes administratibotik eta Hitzarmen Kolektiboetan ikusten diren autoerregulaziora arte. Eta hori guztia Zuzenbide Komunitarioaren esparruan, zeina espreski arazo larri honetaz arduratu baita, lehenbiziko jarduketara bideak ezarri dizkietelarik Estatu kideei. Laneko jazarpen sexualaren kontrako babesak gero eta baliabide gehiago ditu eta, behar bada, aurrea hartzea izan daiteke neurriarik onena arazo hori ugal ez dadin lan harremanetan edo iraun ez dezan.

---

**MARÍA JOSÉ VIRTO  
LARRUSCAIN**

**Euskal Herriko Unibertsitateko  
Zuzenbide penaleko irakasle  
titularra**

*Amatasun*

*ihardetsia:*

*infantizidioaren*

*indargabetzea*

*eta abortuaren*

*erregulazioa edo*

*baliogabetzea*

Infantizidioagatiko auzibideen kopurua (1) nabarmen jaitsi izanak, emakumearen urragarritasun ekonomiko eta sozialaren baldintzen eraldaketa edo ohore sexualean oinarritutako zehapen diskriminazioa defendaezina dela ulertzeak (2), besteak beste, figura horren gaineko interes zientifikoa alboratzeko faktoreak izan dira, delitu mota hori arkeologia penalaren hondakin bat, lurperatu beharreko erlikia bat dela kontsideratuz. Baina, sarri askotan, Karstedtek (3) oroitarazten digun bezala, disziplina desberdinetan izaten diren berrikuntzak ikuspegi berriak sartzeari zor zaizkio, arazo zaharrak alderdi berrietatik ikusteko parada ematen baitute. Infantizidioa bezalako mota penala indargabetzearen ondorioak aztertzeak aukera eman dezake Politika Kriminalean eta praktika penalean Zuzenbidearen gaineko gogoeta feministak aktibatutako kontzeptuak sartzeko eta, era berean, plataforma bat eta marko bat izateko ere aurreratzeko printzipio eta interes kontrajarrien arteko gatazken gainean, esate baterako, berdintasun printzipioaren eta sexu desberdintasuna termino juridiko penaletan kontuan hartzearen artean, arauak sortu edo indargabetzeko momentuan, zeinen helburua, zuzenbidearen subjektuaren aldetik emakumea baita; edo justizia materialaren eta justizia formalaren artean edo emakumearen erantzukizunaren eta babesaren beharrak aitortzearen artean.

---

(1) Ikus, FERNÁNDEZ VILLANUEVA, FERNÁNDEZ CANTERO eta ORST POVEDA, *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del Parricidio*. Madril, 1988, 12. eta 16. orr. eta hurr. (I.N.E.k urtero argitaratzen dituen estatistika judizialeatik ateratako datuetatik abiatuta). Azterlan horretan adierazten denez, parrizidio eta infantizidio eszedenteen kopurua (horiek parrizidioen artean sartu dira ohorearen auzibidea frogatu ez delako) arunt txikia da urtero pertsonen kontrako delitu guztiekin alderatzen badugu (1975-1981 denboraldian 14.501etik zehazki 306 izan dira, horrek guztirakoaren % 2,11 egiten duelarik). Baina, azterlan horretan ez da delitu hori hazi edo gutxitu den baloratzen, indargabetzearen ondorioetarako, eta baloratzen dena da desohorea ezkatutzeko arrazoia izan dela diskriminatzailea: LEAUTÉ, J., "Recherches sur L'infanticide 1955-1965", in: *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg XVI*. 5. or., zeinek "L'infanticide est l'un des rares crimes que décline quand une société se développe" esateaz gainera zera baitio: "mais le même graphique illustre aussi un autre fait, nouveau depuis 1946, ...de nos jours, la proportion de cette sorte de crimes par rapport aux avortements ne baisse plus".

(2) Espainiako doktrina penalean gehienek errefusatzan zuten infantizidio delituaren aurreko erregulazioa, ikus: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Valentzia 1993, 180. or. Berrikiago SANZ MORÁN, A., "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida". *A.D.P.C.P.* 1995, III. f. 822. or. (106. oharra).

(3) KARSTEDT, S., "Liberté, Egalité, Sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe". *Déviance et Société*. 1992, 287-296 orr.

## *Infantizidioa, oraindik dirauren keinua*

Sevillako Entzutegia, 1994: "bere alabaz erditu ondoren umea kolpeka hil zuen emakumea kordegabetu zela eta ez dela deusetaz oroitzen dio" (El Correo egunkaria, 1994an agertutako albistea). Valentziako Probintzi Entzutegia, 1995: Requena herrian 1992ko abuztuaren 18an izandako gertakizunengatik parrizidio epaiketa 19 urteko emakume bati, zeinek apirilaren 11n haur jaio berria hil baitzuen (El Correo, 1995eko maiatza) familiak haurdun zegoela ez zekielako (El Correo, 1995). Palentziako Probintzi Entzutegiak 20 urteko neska bati bi urtetik gorako presoaldia ezarri zion haur jaio berria San Mamés de Campos herriko zabortege batera bota zuelako (El Correo Español, 1995). Igande gau batez Almeriako auzo bateko zabor ontzi batean utzitako haur jaio berria onik da jada. (1996ko abuztuaren 1eko Correo Español,): Madrilen zabor ontzi batean haur jaio berria aurkitu dute (El Correo Español, 1998ko maiatzaren 21, osteguna).

Tokiko prentsari emandako errepasso xume honetan agertzen zaizkigun emakume horien gertakizunak harrigarriak, sineskaitzak, historiaz kanpokoak iruditzen zaizkigu, edo Pomatak dioen bezala, geroztik frogatzen den anakronismo baten milagarren modernotasuna osatuko lukete, esan nahi baita, emakumeen esperientziaren historiak bere denboratasunaren bideari segitzen diola, eta beti ez datorrela bat gizadiaren historia neurtzen ohi dugun denbora aurrerazale eta garatuekin. Baina, gainera esaten digu infantizidioa, mundua bezain zaharra den delitu hori, oraindik ere noizbehinka bada ere, gogorkeriazko heriotzak edo haur jaio berrien abandonuak biltzen dituzten kazetarien kroniketan agertzen dela. Horrek frogatzen digu keinu kriminal horrek oraindik ere badirauela, eta lehenagoko garaietan izaten zirenekin alderatuta asko murriztu bada ere, badirudi ez dela behin ere desagertuko (4).

Beraz, nire iritziz amatasun ihardetsiaren inguruko eztabaida ezin daiteke gainditua dagoela esan (mutur batean infantizidioa eta abortua alternatiba gisa), noiz eta demokraziako Kodea deitua izan denak haur jaio berria hiltzen duen amaren keinu setatia zehatzeko erantzun penalean aldaketa gogorregia burutu duenean, eta legealdi honetan haurdunaldia borondatez eteteari buruzko 1995eko uztailaren 25eko Lege Organikoaren Proiektua behin betiko atzera bota denean.

(4) SELMINI, R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, Milan 1987, 1. or.

## 2.

# *Infantizidioa, generoaren historia gisa Zuzenbide penaltaren barnean*

### 2.1

#### **INFANTIZIDIO DELITUAREN OINARRI HISTORIKO DOGMATIKOA ETA POLITIKO KRIMINALA**

Hala eta guztiz ere, figura deliktibo gutxi izan dute egitate erreplikari honek adina aldaketa ikusgarrikerik beren adiera juridikoan eta balorazio sozialean. Zuzenbide Erromatarrean ageriko edo ezkutuko legalitate egoeran, zeinentzat aita batek haur jaiotze berriak ez zain-tzeko eskubidea izateaz gainera haien hiltzeko edo heriotzeko arriskuan jartzeko ere bere esku baitzuen, eta horrekin batera itxura txarreko haur jaiotze berriak akabatzeko ere bai, ohitura zaharrek agintzen zuten bezala. Hori guztia guraso-agintearen azpian ondorengoen gainean arbasoek zuten biziaren eta heriotzaren gaineko botere orokorraren aplikazio bat besterik ez zen. Vitae necisque boterea, hots, biziaren eta heriotzaren gaineko boterea, berez ez zen errepresiorako eskubidea, baizik eta jabetza eskubidearen ondorio bat, garai historikoetan, erromatarren Errepublikan, erabat onartua zegoena, bai eta geroago, Inperioaren denboretan ere, harik eta azkenik, ohituren aldaketaren poderioz murriztua eta azkenik ezabatua izan zen arte. Baina ez zen guraso-agintea haur jaiotze berriak hiltzea edo heriotz arriskuan jartzea zilegi egiten zuena (egitez eta eskubidez). Vociren iritzi egitate horiek, indarrean zegoen ahaltsuenaren legearen adierazpen ziren, eta lege horixe da, hain zuzen ere, pertsona helduek erabiltzen dutena, miseria gorriak edo aurreiritziek edo mendekuak bultzatuta. Horregatik, gehien aipatzen diren kasuak ziren seme-alaba bortak edo adulterioen ondokoak goseak hiltzen zirenekoak, nahiz eta horiekin batera haur jaiotze berria heriotz arriskuan jartzen duten emazte dibortziatuen kasuak ere aipatzen diren (5). Praktika hori egiaztatu egin da oraintsu egin diren azterlan antropologiko-demografikoetan.

(5) MOMMSEN, T., *Le Droit Penal Romain* (Traduit de l'alleman par J. Duquesne) T. Deuxième. Paris 1907, 331-33 orr.; VOGLI, P., *Studi di Diritto Romano, II. (Patria Potestas da Augusto a Diocleziano)*. Padua 1985, 443-445 orr.

Azterlan horietan agertzen denez, infantizidioa eta horren onarpena industriaurreko gizarte eta herrien egoera sozial eta ekonomikoek baldintzatutako delitua izaten zen, eta baliabide hori izaten zen sobera iritzitako ume kopuruaren hazkuntza kontrolatzeko zuten ia modu bakarra, ume haientzat ez baitzen aski janari izaten (6). Infantizidioa garai hartan garrantzirik gabeko egitate arrunta bazen ere Erdi Aroan krimen ikaragarri bihurtu zen, kupidarik gabe zehatu beharrekoa. Aldaketa horretan zerikusi handia izan zuen kristautasunaren kulturak, bai giza bizitzaren eta famili harremanen balorazioan eta baita gerra eta izurriteen eraginez populazioaren murrizte latzak nolaerebait konpentsatu beharrez.

Egoera hori berriro aldatu zen XVIII. mendearen bukaera aldera, Zientzia Penalak izandako garapen kontzeptual nabariarekin batera. Momentu hartatik aurrera emakume ume-hilzaitzailearen keinu eroa etsita dagoen emakume baten erantzun bezala ikusten hasi zen, gaitzespena baino gehiago errukia sortarazten duena (7). Aldakortasun horrek, Quintanoren iritziz (8), figura horren azterketa historikoa zinez interesgarri egiten badu ere, nire aldetik uste dut infantizidioa bezain konplexua den delitu baten irakurketak berekin duen zailtasunaz ohartarazten digula, erreduzionismoan, behinik behin, erori ez gaitezen.

Infantizidioaren berezko ezaugarriak (9), gaur egun berrikusi eta kritikaren xede direnak, are Europako Kode Penaletatik figura hori kanporatua izan arte, teorikoki eta legearen aldetik garatu izana, aurrena Beccariaren azalpenei zor zaie eta hurrena Carrararen lanari, zeinek askoz ere perfil teknikoago batekin delituaren definizioa oso-osoan berregin baitu.

---

(6) LANGER, W., "Infanticidio. Una rassegna storica" in Mc KEOWN, *L'aumento della popolazione nell'era moderna*. Milan 1987, 2 eta 225. orr.; COLEMAN, E.R., "L'infanticide dans le Haut Moyen Age", in: *Annales ESC*, 1974, 2, 315. orr.; GORDON, L., *Woman's Body Woman's Right*, New York 1975, 30. orr.; CARLONI, C.; NOBILI, D., *La mamma cattiva. Fenomenologia e antropologia del figlicidio*. Florentzia, 1975, 55. orr.

(7) Si può infatti osservare che, ciclicamente, il legislatore ha considerato, di volta in volta, l'infanticidio come condotta non punibile o, tutt'al più punibile in forma attenuata, per poi prescrivere, in epoca successiva, pene severe e tal volta ben più gravi di quelle previste per l'omicidio comune. Il che non contrasta affatto con la constatazione, fondata su basi altrettanto storiche, che il fenomeno in questione, come condotta umana, è antichissimo e presente in ogni società. Egile batzuek in: "Considerazioni Criminologiche in tema di infanticidio", in: *Criminologia e Psichiatria Forense* (a cura di G.B. Traverso) Milan 1987, 315. orr.

(8) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial de Derecho penal I*, I. lib., 1972, 2. arg. Enrique Gimbernat Ordeigek eguneratua, 462-463 orr.

(9) A partir del diciannovesimo secolo in numerosi Paesi europei il delitto di infanticidio assume una configurazione autonoma, volta a sottrarre tale crimine alle pene rigorose previste in via generale per l'omicidio. AMBROSETTI, E., *L'infanticidio e la lege penale*, Padua, 1992, 18. orr.

Azkenik, positibisten meritua izan da emakume ume-hiltzailearen figurari eta nortasunari zuzenduriko arreta.

Infantizidioaren mota penalean, homizidio arruntaren aurrean figura pribilegiatu gisa, jatorriz bi korrante penal eta kriminologiko gainjartzen dira. Autore ilustratuek eta klasikoek beren kezka adierazi zuten ume sortu berria (seme-alaba borta) hiltzen zuen amaren keinu gogorra deskriminalizatzeko, eta kezka hori delituaren elementu objektiboaren aldaketan (10) islatuko da, ohorearen kausa deitu izan dena sortuz. Baldintza horrekin justifikat<sup>11</sup> nahi da delituak sortutako kaltea.

Keinu infantizidaren deskriminalizazioa, eremu subjektiboan, eraldi bat medio diharduen emakume ume-hiltzailearen estereotipoa prestatzearekin osatuko da. Beste modu batera esateko, bilatu nahi da egitate horrek ama ume-hiltzailearen portaeran duen alde kezkagarria eta antisoziala neutralizatzea, ohorearen justifikazio morala gora behera, eta horretarako patologizaziora joko da (11).

XIX. mendean infantizidioaren figura berriaren sorrera hainbat kontsiderazio politiko kriminalek sostengatzen dute. Figura berri horren elaborazioan izaera desberdineko bi arrazoi hauek izan ziren: ohorearen kausa eta salatuaren egoera psikologikoa.

### 2.1.1

#### INFANTIZIDIOA ARAZO SOZIAL BEZALA (OHOREAREN KAUSA)

Lehenik eta behin aztertuko ditut ohorearen kausaren azpian —itxuraz zigorra ezezik delituaren espezialitatea arintzeko arrazoi eta euskarri baita— dauden orientazio politiko kriminal zehatzak eta adierazkorrak.

---

(10) Ohorearen zirkunstantziaren izaera objektiboa (gero berriro helduko diot gai honi) atera daiteke, ez hainbeste emakumearen ohore sexualaren autoestimutik, baizik eta horren galerari loturiko ondorioetatik, hala nola, lan baldintzak aldatzea, ankerkeriak edo tratu txarrak izateko posibilitatea, egoerari aurre egiteko ezintasun ekonomiko eta kulturala, norberaren gorputza ez ezagutzea, hau da, elementu horiek guztiak ez dira emakumearen (subjektu jardulearen) buruan soilik existitzen, baizik eta entitate objektiboa dute, portaeraren balore sozialean islatzen dena eta jarduten duenaren adimenean eta borondatean eragiten duena. Ikus: SANZ MORÁN, A., *Elementos subjetivos de justificación*. Bartzelona, 1993, 1. or.

(11) CASARINI, P., "Tra criminalità e follia", op. cit., 131-137 orr.; PITCH, T., "Prostituzione e malattia mentale: due aspetti della devianza nella condizione femminile", in: *La Questione Criminale*, 2, 1975, 382. or. eta hurr.

Ohorearen kausak adieraziko digu ordura arte krimenik ankerrenetan sartzen zen jokabi-  
dearen tratamendu penalean, doktrinaren arloan ezezik baita legearen esparruan ere, zer-  
nolako arintzea gertatu den.

Aldaketa ikusgarri horri buruz, infantizidioaren ikuskera legal eta sozialean Quintanok  
ohartarazten digu ezen, XVIII. mendeko bukaera aldera ohorearen emergentzia "iturakeria  
sozialari eginiko saria dela, izan ere babestutako ondasun juridikoa (sortu berriaren bizia)  
aldian-aldian ordezkatzuz joan bada ere, amaren eta familiaren ohorea gorde beharrez,  
hori ez da gehienbat defendatzeko ikuspegitik egiten burututako desohorea ezkutatzegatik  
baino" (12).

Quintanoren iritzi kritikoa, ene ustez, azalean gelditzen da. Moral sozialeko ikuspegi bate-  
tik egia izan daiteke infantizidioaren gaineko irizpide berriaren xedea ez izatea moral se-  
xualari, emakumearen ohorearen zentzuari edo familiaren instituzioaren balioari buruzko  
aurreiritziei kontra egitea eta are gutxiago horiek zuzentzea, izan ere irizpide horiek indar-  
tuz baitoaz gizarte gero eta hiritarrago eta arautuago honetan. Alde horretatik, Selminik  
dioenez, infantizidioaren gaineko arauaren politika kriminalaren hautaketa (delituak sortu-  
tako kalte sozial mugatua azpimarratzera eta subjektu autore berriaren erantzukizuna arin-  
tzera bideratua) familiaren instituzioa eta emakumezkoen paperak aldatzeko prozesu kon-  
plexu horretan txertatzen da. Horrek planteamendu honetara ekartzen gaitu, alegia, infanti-  
zidioaren historia ama izateko hezkuntza sozial eta kulturalaren eta paper horren aurkako  
erresistentziaren historia ere badela (13).

Horiek horrela, eta figura deliktibo horren erreforman ezkutuan gelditzen den alderdi itxu-  
ratia ukatu gabe (Ilustrazioaren denboretan gertatua), eta emakumea paper femininora eta  
amatusunera egokitu beharraren konplexutasuna ere saihestu gabe, zuzenago iruditzen  
zait ohorearen kausari esleitutako garrantzia beste faktore batzuei egozte. Infantizidioaren  
formula berriak, ene iritziz, irizpide askoz ere utilitaristagoei erantzuten zien. Irizpide haiek  
garapen industrial azeleratu batean murgilduta eta aldaketa ekonomikoek aztoratuta zebi-  
len gizarte bati zegozkion, non infantizidioa bezalako delituak ordurako ez baitziren tuto-  
retzaren xede nagusi.

---

(12) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado*, 463 eta 491. orr.; CARMIGNANI, C., *Elementi di diritto criminale*, 5.  
arg., Milan, 1983.

(13) SELMINI, R. op. cit., 11. or.; CASARINI, P., "Maternità e infanticidio a Bologna. Fonti e linee di ricerca",  
*Quaderni Storici*, 1, 1982, 278. or. eta hurr.

Printzipio berriak, orokorrean erreforma penala, eta zehazki biziaren kontrako delitu mota honi buruzko erreforma, iradokitzen dituztenak, lehenengo aldiz agertu ziren hainbestetan aipatu den Beccariaren XXXVI. kapituluan. Autore hark honela zioen: "L'infanticidio é l'efecto di una inevitabile contraddizione in cui é posta una persona che, per debolezza o per violenza, abbia ceduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace a sentirse i mali, come non preferirà questa a la miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto". Ambrosettiren iritziz aipamen horrek bide ematen du pentsatzeko ezen, krimenaren larritasun objektiboa aitortu arren, ezin daitekeela zuzentzat jo ume-hiltzailea modu gogorrean zigortzen duen zehapena, baldin eta gizarteak delituari aurrea hartzeko neurri egoki guztiak jarri ez baditu (14).

Era zehatzagoan eta zigorra arintzeko beste arrazoi batzuk erantsiz, Romagnosi bezalako penalista ospetsu batzuek, edo Kant edo Mittermaier bezalako filosofo eta legelari alemanek osatzen dute pentsamendu lerro hau (15). Baina bereziki Carrara izango da modu teknikoenean formulatuko duena ezen, delitu egiteko arrazoi den ohorearen kausak zigorraren arintze bat dakarrela "haur jaio berriaren heriotzak beste heriotz arrunt baten kalte bera sortzen ez duenez, lehenengo delitu hori objektiboki ez da bestea bezain larria". Hala eta guztiz ere, argi uzten du zigor arintze hori ezkontzaz kanpo izandako umeen infantizidioan soilik aplikatuko dela (16). Carrararen planteamendua bere egingo dute garai hartako beste autore batzuek, eta horietakoren bat iritsi zen esatera umeen kontrako delituek (abortua eta infantizidioa) populazioa progresiboki murriztu nahi duen gizarte bati ematen dizkioten abantailak, eta delitu horiek zernolako eragina izan dezaketen nazioen garapen ekonomiko eta sozialean (17).

---

(14) BECCARIA, C. op. cit., 169. or.; AMBROSETTI, E.M., op. cit., 19. or.

(15) ROMAGNOSI, E., *Genesi del Diritto penale*, 5. arg. Prato, 1883, 446. or. Bertan ezbaian jartzen du ea haur-hiltzailearen bulkada kriminala benetan zitala ote den edo gehiago den sentipen laudagarri baina gaizki aplikatu baten ondorioa. MITTERMAIER, O., "Beiträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerchaft", in: *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1825, 21. or., BECCARIArekin bat dator harako ideia hartan, zeinetan zoritxarreko emakumearentzat infantizidioa baita bere ohorea ezezik baita bizi maila hobea bat defendatzeko modu bakarra.

(16) CARRARA, F., *Infanticidio*, op. cit., 340. or.

(17) BALESTRINI, R., *Aborto, Infanticidio ed esposizione d'infante*. Turin, Bocca 1888, 229. or.; zentzu berean SIGHELE, S., "Sull'infanticidio", in: *Archivio Giuridico*, XLII. lib., 1899, 208. or.

Testu horiek ikusiz, oso egokia iruditzen zait Selminik ohorearen kausaz egiten duen balorazioa, keinu infantizidaren gogorkeriari justifikazio morala emateko elementu gisa, eta hura neutralizatzeko eta ulergarriago egiteko. Baina azterketa zorrotz horri ñabardura bat egin behar zaio, bada, ohorearen kausaren sorrerak politika kriminal bati erantzuten diolako, zeinek batez ere infantizidioa edo abortua bezalako delituetan ezkututzen diren gatazkak gutxitzea bilatzen baitu. Gatazka horiek ezkontzaz kanpoko jaiotzetan, miseria eta abandonu egoeretan islatzen dira eta horrek guztiak haurren heriotza-tasa nabarmen jasotzen du (18). Hori dela-eta XIX. mendeko erdi aldera legelarien analisietan eta medikuen legeko txostenetan infantizidioa ez zen ia sekula ere gizahilketatzat hartzen, arazo sozialtzat baizik, miseria ekonomiko eta sozialeko egoera berezi batzuei lotzen zitzaiena (19). Eta hain zuzen ere, infantizidioaren perfilak, delitu baino gehiago arazo sozial larria bezala kalifikatzeak, ematen digun ikuspegitik ulertu dezakegu tutoretzaren objektuak izan duen aldaketa, hots, haur sortu berriaren bizi-eskubidea. Hori dela-eta ez dago esaterik Quintanok dioen bezala, gora doan ondasuna amaren eta familiaren ohorea dela, ezkontzaz kanpoko haur sortu berriaren biziaren aurka. Zuzenagoa dirudi ulertzea infantizidioa, ilegitimitate tasa handietan, abandonu eta miseriaz beteriko egoeretan, ez duela beste gizahilketek edo haur legitimo baten heriotzak sortarazten duten asaldura soziala eragiten. Hori guztia XVIII. mendearen bukaerako eta XIX.aren hasierako gizartearen (italiarra, alemana, ingelesa) testuinguru orokorrago batean, beranduko eta bortxatutako garapen industrial batera bideratua, non tutoretza eskakizunak lerratzen baitira, Selminik adierazten duen bezala, guztientzako bizi-defentsatik baten batzuen, hau da, gero XIX. mendeko langileria-aren eskubidearen defentsara (20). Nabaria denez, gizarte hura amatasunaren kontrol sozialean interesatua zegoen.

---

(18) SELMINI, R., op. cit., 17-18 orr.; VALVERDE LAMFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria (Infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra. Siglos XVIII y XIX)*. Bilbo, 1994, 21-37 or. XVIII. mendean batik bat, baina baita XIX.ean ere, ume abandonatuen etxeetako haurren heriotza-tasak beste haurrenak baino handiagoak ziren, berez, orokorrean haur guztienak oso goian bazeuden ere, 42 or. eta hurr.

(19) VALVERDE LAMFUS, L. op. cit., 40-46 orr., abandonu-infantizidioari buruz, erregulatzailer demografiko eta arazo soziala zen aldetik.; CASARINI, M.P., "Tra criminalità e follia". op. cit., 134-135 orr.

(20) SELMINI, R., *Profili...* 25-26 orr., oinarri gisa hartu du PUGLIA, F., "Del reato d'infanticidio", in: *Studi critici di Diritto Criminale*, Napoles, 1985, 184. or.; PAVARINI, M., *Introduzione a la Criminologia*. Florentzia, 1980, 26-29 orr.

Azken buruan, ohorearen kausaren baldintzarekin lortu nahi zen helburu politiko kriminala da (denborak aurrera egin ahala hertsiago eta moralizatzaileago egingo dena) beste modu batera bideratzea garai batean krimen bat baino gehiago fenomeno sozialtzat jotzen zena, legeria zuzen baten bitartez nabardurak eta auzi aldagarriak kontuan hartuz. Foucaulten hitzetan esan dezakegu erantzukizunak amaren eskutik, zeinentzat hutsegite baten lekukotasuna agertzera baino gehiago haurra jada nekez defenda daitezkeen hautaketak eta bizitza erritmoak inbaditzera baitator, gizartera lerratzen direla (21).

## 2.1.2

### HAUR-HILTZAILEA EROA ALA ERAILEA? (ARAZO PSIKOLOGIKOAK EDO ERDITZEAREN ONDORIOZKOAK)

Bigarrenik eta hasierako orrialdeetan adierazi dudan legez, faktore bio-psikologikoa elementu determinatzailea dela pentsatu behar da, ohorearen kausarekin batera, XIX. mende-ko testu legeletan eta mende honetan zehar indarra izan duten Kode Penal askotan ere, mota penal pribilegiatua izango den infantizidioa taxutzeko, harik eta abuztuaren 5eko 442/1981 Legearen bidez Italiar Kode Penalean ohorearen kausa indargabetu zen arte. Erreforma horrek inflexio puntu berria markatu zuen ohorearen kausaren garrantzi penala ezezik infantizidioaren figura pribilegiatua ere ezabatzeko joeran. Eta badirudi joera hori azkenean nagusitu dela 1995eko Espainiako Kode Penalean eta 1994an indarrean jarri zen 1992ko uztailaren 22ko Kode Penal berrian.

Norabide berrirako lehen urratsa Carrarak eman zuen, premeditazioa izan delako ustearen kontra argudiatu zuenean, izan ere horixe bera zen ilustrazioa aurreko Zuzenbide penalean, krimen oso larritzat jotzen zen haur-hilketa kalifikatzeko hiru astungarrietako bat.

---

(21) SELMINI, R., *Profili...*, 105-106 orr., XIX. mendearen bukaeran emakume boloñarrentzat, egun osoan jo eta ke lan egitera eta beren seme-alabengandik goiz bereiztera behartuak, diru faltagatik edo lehenbiziko urte-  
etako heriotza-tasa handiagatik, egile honentzat infantizidioa batez ere da "bizitzako borrokaren modu maltzur bat". Esaldi hori bera agertu zen beste testuinguru batean, Emmerich abokatuaren ahotan J. Houstonek zuzen-  
duriko "Asfaltozko jungla" filmean; CASARINI, M.P., op. cit., 134. or. eta hurr.

Carrarak zioenez ez daiteke premeditazioaz hitz egin, emakumearen egoera psikologikoa ikusirik, bada, amak bere egoera ezagutzen duen arren, ia beti erditzeko puntua ustekabean heltzen zaionez ez da bere egoeraz taxuzko gogoeta egiteko moduan egoten (22).

Delitugilearen ezaugarrietatik eta historiatik abiatuta, Lombrosoren metodologia positibista erabiltzen duten antropologo, lege-mediku eta legelarien ikerketetan ematen da infantizidaren erretratua, irudia da, neska gazte ezkongagia, behartsua, familiaren babesik ez duena, ezkontitz faltsuetan sinetsirik seduzitua eta ondoren abandonatua izan ohi dela. Sorkuntza legitimoa ez izatea, jaio berriaren aita nor den ez jakitea, sedukzioarekin eta abandonuarekin batera izan ohi dira krimenaren arrazoi eta aldi berean haur-hiltzaileen nortasunak izaten duen moraltasunik eta kezka moralik eza erakusten dute. Haur jaio berria hiltzen duen emakumea (infantizidioaren erruduna) moralki gaiso dagoen emakumea balitz bezala hartu behar da, emakumearen eginkizun behinenean (amatasuna eta seme-alabenganako maitasuna) hezi gabea.

Moraltasun urriari, familia barruan hezkuntza egokirik ez izateari egotz dakizkiokeenak, azterketa honetan eransten zaizkie emakumeak erotasunera eta adimeneko eritasunera duen berezko joera, emakumearen organismo ahul eta asaldagarrian gertatzen diren transformazioen ondorio. Egoera hori, jakina, areagotzen da haurdunaldian eta erditzeko tenorean. Erotasunerako arriskua edo joera hori larriagotzen da infantizidioaren kasuan moraltasun ezagatik eta emakumeak bere rolaz kontzientziarik ez izateagatik (23).

Lombrosok diseinatu eta metodologia positibistak garatu zuen emakume delitugilearen estereotipo honen arabera, zeinen agerpen plastikoena aurkitu izan baita emakume haur-hiltzaileari edo abortatzen duen emakumeari buruzko azterlanetan, XIX. mendearen bukaeran eta mende honen hasieran egin ziren haietan, emakumeen kriminalitatea, fenomeno soziala

---

(22) CARRARA, F., *Infanticidio*, 339 eta 351 orr. Antzinateko Erregimenean infantizidioa zigortzeko arrazoiak izaten ziren premeditazioa segurutzat jotzeaz gainera, delituaren subjektu aktiboa eta pasiboa lotzen zituzten ahaidetasun lokarriak, maltzurkeria eta, azkenik, subjektu pasiboa bere burua defendatzeko gai ez izatea.

(23) PAZZI, M., *La responsabilit  giuridica della donna nello stato di maternit  e particolarmente in rapporto all'aborto criminoso ed all'infanticidio*. Unione cooperativa editrice, Erroma 1913, 28 eta 36 orr. Egile hau, Luigi Maria BOSSIrekin batera, ginekologia positibistaren eskolako ordezkariarik nabariena da. Haren eztabaidak psikiatra eta kriminalista positibistekin bilduak daude BABINI, V.P.; MINUZ, F.; TAGLIAVINI, A.ren obra garrantzitsuan: *La donna en la scienze dell'uomo. Immagini del femminile nella cultura scientifica italiana di fine secolo*. Milan, Angeli 1989.

edo kulturala baino gehiago fenomeno natural bat izango litzateke, emakumearen ezaugarri fisikoekin hertsiki loturik legokeelako (24).

Baina keinu infantizida latzegia delako eta gogoetan nahasmendua sortzen duelako, emakumeak delituaz izan dezakeen kontzientziarik eta aukeratzeko izan dezakeen askatasunik gabeko pertsona bezala agertuko dute. Horregatik, paradigma positibistako emakumearen estereotipoa bereziki egokia da infantizidioa bezalako gaitz sozial horretan agertzen den agresibitate jasanezina neutralizatzeko, eta horren ordez keinu ezusteko eta kontsideraziorik gabeko baina aldi berean estrapolagarri bihurtzeko, ama batek bere haurraren gaitz duen maitasunaren naturaltasunaren aurrean, adimenaren momentuko nahasura batek itozten badu ere (25). Eskola Positiboaren aurrerapen honen gainean Graziozik azpimarratzen duenez, fisiologia arloan izan diren lorpen zientifikoaren babesean, une honetan berriro planteatu da eta beharrezkoa da indartzea infirmitas sexus, edo sexuaren eragozpena kontzeptu malgu eta zehaztugabea, mendez mende emakumearen gutxiagotasun betierekoa esplikatze baliotzat izan duena (26). Horregatik, bada, positibismoak emakumearen desberdintasunaren desberdintasuna edo diferentzia —berezko gutxiagotasunean oinarrituta— abiapuntutzat hartuta elaboratutako paradigma juridiko zientifikoak ez du argudio zahar batzuk berriro hartu besterik egiten, eta horien artean, besteak beste, emakumearen arrazionaltasun urria nabarmentzen da. Hori dela-eta legelariak beren teorizazioetan auzi honetara lerratzeaz gainera emakumearen gorputzaren gaian sakontzen dute, eta ukaezinezko diferentzia azpimarratzen, berdindu ezin daitekeena ez hezkuntza-kulturaren esparruan sartzearekin —ilustratuek nahi zuten bezala—, eta are gutxiago eskubideak parekatzearekin.

Ikuspuntu tekniko-penaetik diferentzia hori txertatuko da egozgarritasuna arindu, gutxitu edo kentzeari buruzko eztabaidan, hautamenaren gaineko eztabaida zabalago bati lotuta (27).

---

(24) GRAZIOZI, M., "Quotidianità femminile e piccola criminalità. Ipotesi per una ricerca", in: *Dei delitti e delle pene*, 1. zk. 1983, 154. or.

(25) SELMINI, R., op. cit., 110. or.; CASARINI, M.P., op. cit., 137. or.

(26) Erromatar iturriak maiz aipatzea da garai hartako literatura kriminalaren elementurik adierazgarrienetako bat, emakumearen gutxiagotasun juridikoaren eraikuntza prozesuak berreskuratzeko, ikus, GRAZIOZI, M. "Infirmitas sexus. La Donna nell'immaginario penalistico", *Democrazia e Diritto*, 2. zk. 1993, 106-107 orr. eta hurr.

(27) SPANGENBERG, E.P., "Del sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale", in: *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, raccolti da F.A. Mori, Livorno, Nanni 1846-47. Bilduma horretan argitaratu ziren, besteak beste, infantizidioari buruzko Mittermaieren azterlanak.

---

Emakumearen eredu horrek (paradigma positibistak eraikia) normaltasuna markatuko du hartara egokitzen direnentzat eta patologikoa zalantzan jartzen dutenentzat, eta azterketa mota horrek mendearen lehenbiziko urteak arte iraungo du, auzitegiko psikiatra eta medikuak eztabaida bizian ari baitziren artean ere. Elkarri galdezka ari ziren infantizida ero bat ote zen (amatasun sena nahastekatua izanik, kartzeleratua baino gehiago sendatu eta berriro hezi beharrean zegoena) ala, aitzitik, heriotza zigorra merezi ote zuen. Eztabaida horrek erakusten du adituek beraiek zernolako zalantzak zituzten oraindik ere haur-hiltzailearen adimen osasunaren gainean.

Gorabeherak eta guzti, positibismoak XIX. mendearen erdi aldera hasitako ildo teorikoak deskriminalizatzeko joera erakutsi zuen, arautik kanpoko emakumeen jokabideak (28) adimeneko gaisotasun gisa hartuz. Emakumearen bizkar izan ohi zen egintzengatik erantzukizuna (kriminala) kentzeko prozesua ia bi mendez luzatu zen. Freudek garatutako psikoanalisiak eduki berria erantsiko zien jokabide horien gaineko azterlanei.

Planteamendu teoriko indibidualistekin bat etorritz, Freudek ere defendatuko zuen emakume delitugilea gizaki anormala dela (29), hala biologiaren aldetik, gizasemearen agresibitatea erakusteagatik, nola psikologiaren aldetik, bere ni-aren garapen orekatua ez izateagatik. Azterketaren helburua garatu gabeko biologizismotik inkontzientera aldatzen da, zein baita toki misteriotsu eta gordea, kontrolatu ezineko senak eta grinak ezkutatzeko gai dena (30). Beccariak deskribatutako haur-hiltzailea, seduzitua eta abandonatua, baina bere buruaren jabe dena, oraingoan lehenerdi amorratu eta aztoratu bezala agertzen zaigu, Lombrosiren ama delitugilea, haur jaio-berriaren biziaren aurka jarri eta hortik inkontzientzia gaiso batera doana, horrela, psikoanalisiak dioenez, bulkada inkontziente batek bulzatuta ari den emakume baten nortasuna bikoiztu egiten da eta gero, epailearen aurrean, ukatu egingo du berak egindakoa. Delitua, hortaz, bulkada inkontziente baten emaitza da, emakumearen memorian aztarrenik uzten ez duena. Horregatik haren erantzukizunaren balorazioak korrelatiboa behar du izan, egintza ez dagokio-eta. Era horretan haur-hiltzailea bere egintzaz ere desjabetzen da. Ez da kriminal bat, batez ere da sofrizten duen ama bat,

---

(28) SELMINI, R., op. cit., 109. or.

(29) CLEMENTE DÍAZ, M., "La delincuencia femenina, I: Contexto y tratamiento histórico del problema". *Delincuencia, Teoría e Investigación*, Madril 1987, 374-388 orr.; CANTERAS MURILLO, A., *Delincuencia femenina en España: un análisis sociológico*. Justizi Ministerioa. Madril 1990, 63. or.

(30) SELMINI, R., op. cit., 110. or.

borondatearen ero bat (31). Kategoria horrekin infantizidio mota pribilegiatu gisa baloratzearen garapenean ia bi mende betetzen dira. 30garren hamarkadan hasita, abortatzen edo haurra hiltzen duen emakumearen egoera psikologiko hau (pertsona eroa) arau bihurtu zen.

Horiek horrela, positibismoak hasitako ildo teorikoa, deskriminalizatu eta patologizatzearen aldekoa, arautik kanpoko emakumeen jokabideak adimeneko eritasunaren emaitza gisa hartzen dituenak, sendotu egingo da XIX. mendeko lehen herenean. Hortik sortu zen emakumeen kriminalitatearen estereotipoa luzaroan nagusi izango da, pentsamendu kriminologikoan ezezik baita jendearen sen onean ere, hain aditua ez den arren (32).

Infantizidioaren figuraren lege-erreforman bigarren faktore bio-psikologiko honek kodetze mailan izandako pisuaren ondorioz gauzatu ziren Quintanok (33), modu nahasgarri samarrean, sistema latinoak (edo motibaziozkoa) eta sistema germanikoa (egintzaren arloa nahasmenduaren arlo psikologikora desbideratzen duena) deitu zituenak .

### 2.1.3

#### **EMAKUMEEN KRIMINALITATEAREN GAINEKO OHIKO ESPLIKAZIOA ETA SUBJEKTU GENERODUNEN LEHENENGO DEFINIZIOA**

Aurreko orrialdeetan adierazi den bezala, argudio biologizistak indarra hartuz joan ziren XIX. mendeak aurrera egin ahala eta Beccaria eta Carrararen tesi utilitaristek aurrea hautu zien. Argudio horiek, emakumeen kriminalitatearen gaineko lehenengo motako esplikaziotik datozenak ikuspegi etiologikoa izendatu den sailean inskribatzen dira, kriminologiaren ikuspegi nagusi izango dena XIX. mendearen erditik hirurogeiko hamarkada arte (34).

---

(31) SELMINI, R., op. cit., 111. or.

(32) GRAZIOZI, M., *Quotidianità...* op. cit., 154. or.; CASARINI, M.P., op. cit., 137. or.

(33) QUINTANO RIPOLLÉS, A., op. cit., 447. or.

(34) LABERGE, D., "Les recherches sur les femmes criminalisées: questions actuelles et nouvelles questions de recherche", in: *Anales Internacionales de Criminología*, 1991, 21. or. eta hurr. Artikulu honek deskribatzen du pentsamendu feministaren ikuspegia, eta orobat, ikuspuntu horretatik Kriminologiak emakumeen kriminalitatea tratatu duen modua aztertu duten ikerlanen ikuspegia. Lan hori *The Journal of Human Justice*-n "Women's criminality, Criminal Women, Criminalized Women? Questions In and For a Feminist Perspective" titularekin argitaratutako bertsioaren berrikuspena da, 2. liburukia, 2. zk.

Emakumeen erasozko portaren azterlanei egin zaizkien lehenbiziko kritika feministek ohiko teoria kriminologikoak kutsatzen dituzten estereotipo sexistak dituzte helburu, azpimarratzen edo nabarmentzen dituztelarik paradigma positibistaren mugak (35).

Klein eta Smarten iritziz, lan honetan aitzindari izan baitziren, ohiko kriminologiak emakumeen kriminalitatea esplikatzeke, funtsean, emakumearen izaeran, biologian, erroak dituzten ezaugarri indibidualetatik abiatzen ziren. Ezaugarri horiek, emakumeen sexualitateari estekatuak, emakumearen jokabide orokorra eta jokabide kriminala ere interpretatzeko bidea ematen zuten. Emakumearen izaera berezian bilatu behar dira hainbat galderen erantzuna, adibidez, zergatik den emakumearen posizio ekonomiko eta soziala gizonezkoarena baino apalagoa, zeri leporatzen zaion haren pasibotasuna eta adimen falta eta, azken buruan, zergatik zokoratzen zaion etxean, emazte eta amaren papera betetzera. Emakumearen gorputzaren ispiluak sexu harremanak islatzen ditu eta aldi berean moralitatearen estandar bikoitza justifikatzen, garai bakoitzean nagusitzen den sexuaren arabera. Azken buruan, eta lehen adierazi den bezala, emakumeen kriminalitatearen lehen azplakazioaren azpian dagoen planteamendu erreala ez da besterik naturalezari, kulturaren aurrean edo aurka, esleitzen zaion kausazko garrantzia (36).

Lehenbiziko ikuspegi horri feminismoaren aldetik Kleinek eta Smartek egiten dizkioten kritikak aski adierazkorrak iruditzen zaizkit, pentsakera mota baten tradizioan oinarritzen zirelako, bereziki hedatua eta denboran zehar aldakaitza zen tradizioan, emakumeei dagokienez behintzat. Alde horretatik zinez adierazgarriak dira Grazioziren hitzak, "Quando se teorizza sulle donne, sul genere femminile, e sul mondo immutabile di questo, segnato da

---

(35) PARENT, C.-k zehazten duen bezala, ("Au delà du silence: les productions féministes sur la "criminalité" et la criminalisation des femmes", in: *Déviance et Société*, 1992, 16. lib., 3. zk., 297. or. eta hurr.) hirurogeita hamarreko hamarkada arte emakumeen arazoa Kriminologian zeharo zokoratua zegoen. Baina, TAYLOR, WALTON eta YOUNGek (1973) gizonezkoen kriminalitatearen gaineko ohiko teoriak zetabean iragazi zituzten une berean, C. SMART, amerikar mugimendu erradikalekoak, bere *Women Crimen and Criminology. A Feminist Critique*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1976 eta D. KLEINek ("The Etiology of Female Crime: A Review of the Literature". *Issues in Criminology*, 1973, 8,2, 3-30 orr. obretan kritika berak egiten zituzten emakumeen kriminalitatearen gaineko usadiozko teoriari, baina ikuspuntu feministatik, beti ere. Horien atzetik beste egile batzuek nabarmentzen zituzten ohiko teoriaren abiapuntuak eta oraindik bizirik zirautea egiaztatu zuten gaurko estiloa apainduta bada ere.

(36) KLEIN, D., "The Etiology...", op. cit. 5: egile honek Lombroso, Ferrero, Thomas, Freud, Davis eta Pollaken teoriak elikatzen zituzten iritzi sexistak aztertu ditu. LABERGE, D., "Les recherches...", op. cit., 24. or.



Nolanahi ere, genero sorreraren estrategiez hitz egiten denean (40), behar-beharrezkoa da bereiztea emakumearen idealaren produkzio diskurtsiboaren (emakume/emakumeen izaerari eta horretatik eratortzen diren rolei buruzko irizpidea zehazten duena) eta emakume mota baten edo estereotipo baten legezko eraikuntza diskurtsiboaren artean, estereotipo hori emakume delitugile, ama haur-hiltzaile, prostituta, eta abarri dagokiona, hots, gizonaren parean jartzen den emakumearen ideari kontrajartzen zaiona edo osatzen duena. Estrategia horiek aldakorrak edo desberdinak izango dira, une historiko eta kulturalen arabera eta beraz, kontraesankorrak eta balio desberdinekoak izan daitezke.

Analisia XIX. mendera egokituz (eta aipatu dugun bezala, mendearen puska eder batean iraungo du), Smartek emakumearen izaerari buruzko irizpideak europar klase ertaineko emakumeez nagusitu ziren irudikapen sozialei esleitzen dizkie. Horretarako, emakume kriminala da, lehenik eta behin beste emakumeengandik (generotik) bereizen den emakume mota bat, eta ikuspegi horretatik jartzen zaio anormalaren etiketa ama haur-hiltzaileari, amaren sena galdu duen emakumeari, edo lizunkeria eta okerbidea irudikatzen duen prostitutari, baina aldi berean emakume horien izaera Emakume kategoriatik ateratako zerbait da, beti ere Gizonari kontrajarria, zein ukitu gabe gelditzen baita, kutsatu gabe, ez denez gizonetzko likitsaren, edo zentzugabeko aitatasun-sexualitateko gizonaren kategoria sortu.

---

(40) LABERGE, D., "Sexe..." op. cit., 275. or. eta hurr., nabari da Zuzenbide penalak generoaren (erre)produkzioan izan duen ekarpena ez dela Zuzenbide penalak izan dezakeen izaera sexistarekin nahasi behar edo hartara murriztu behar. "Zuzenbidea –dio egile honek– ez da beste ezeren gaitetik diskriminazio sortzailea, bereizkuntzarena baizik. Generoaren oinarria da bereizkuntzako lan etengabe eta anitza. Ikuspegi horretatik planteatu daitekeen hipotesia da, Zuzenbide penalak generoa sortzen duela sexualitatearekin loturiko portaera edo egoeren normatibizazioaren bidez. Abortua, bortxaketa, prostituzioa eta pornografia dira Zuzenbide penalean generoaren dinamika definitzeko balio duten lau moduak...". "Guztiek, salbuespenik gabe, oroitarazten dizkigute emakumeen gorputzaren jabetzaren auzia eta hedadura, gorputzaren erabileraren erregelak eta horrek ematen duen plazerra" (nire itzulpena). Lau forma horietaz ikus, GRAZIOZI, M.-k, "Infirmitas...", op. cit., 100-113 orr., aipatzen du, halaber, iragan denboretan legelariak ez zutela ahortzi, inola ere, arautzen zuten munduan bi sexu zeudela. Emakumearen presentzia eta haren erregulazioa Zuzenbide penalean interesatzen zitzaizkien legelariei, batez ere bi alderdi hauek: batetik sexualitatearen esparrua kontrolatzea zenbait delitu zehaztu eta eraikitzerakoan, hala nola, adulterioa, abortua, estuproa edo infantizidioa, hau da, bereziki sexu femeninoari loturiko delituak. Bestetik, emakumearen gorputz bati zigorrak aplikatzeari mugak jarri beharra.

Mugimendu bikoitz hori, Smartek ederki asko dioen bezala, emakume modernoaren erai-kuntza diskurtsiboaren egiazko oinarria da, estrategia bikoitz horretatik enfokaturia (41). Sexuen arteko diferentziaren aurretik dagoen dualismoa edo irudikapen binarioa indartu egin da diskurtso juridiko eta mediko bat dela medio eta XX. mende psikoanalitikoaren aurrera doan heinean, zeinen bidez berezko genero diferentziak sendotu baitira. Emakumeen izaera partikularra aurrez aurre jartzen da eta, birtute partikularrak azpimarratzeaz batera, berezko ahultasunak nabarmentzen dira. Emakumeek delitu gutxiago zergatik egiten duten azaltzeko arrazoiak hainbat faktoretatik ateratzen dira, eta horien artean, ezgaitasun fisikoak, sentsibilitatea, izakera, eta amatasun sena, denak gizonengandik bereizten dituzten faktoreak izanik. Horregatik, disidentzia eta emakumearen arau-haustea era diferentean eta askoz ere zorrotzago juzkatzen dira, hausdura eta akats larriagoa adierazten dutelako. Horrela esplikatzeko emakumeek irudikatzen duen itxurazko paradoxa hura, lehen aipatu duguna, emakume ona eta aldi berean erailea izatea, birtutetsua eta deabrua, alegia. Infantizidioaren kasuan, binarismo hori ongi artikulatu zuten XIX. mendearen amaieran eztabaida bizi batean murgildurik zeuden mediku eta legelariak. Horien galdera nagusia zen ea emakume haur-hiltzailea errotzatu jo zitekeen, beraz, errotzean sartu beharrekoa, ala, alderantziz, kriminal bat, zigor handiena merezi zuen eraile bat ote zen, gizona bezala baino hagitx arriksutsuagoa, zeren eta "ez duzu inor hilko" arauzko manua bortxatu ezezik, bere generoaren deiarri, seme-alabenganako berezko maitasunari, entzungor egiten baitzion.

## **2.2**

## **INFANTIZIDIOA ETA LEGE PENALA**

### **2.2.1**

### **EMAKUMEA ETA ZUZENBIDEA (IRIZPIDEAK)**

Infantizidioaren eta Lege penalaren arazoak feminismoaren eztabaida zahar eta behin ere itxi ez den baten aurrean jartzen gaitu, izan ere emakumeek jarduketan esparru desberdinetan izaten dituzten gutxiagotasun edo menpekotasun baldintzak mugiarazteko zuzenbidea eta lege estrategien garapena erabiltzeko buruzko eztabaida izan da, bai eta legegintza eta jurisprudentziaren arloan lortutako garaipenak agertarazten dituzten ondorio makurrei buruzkoa ere (42).

(41) SMART, C., "The Woman of legal Discourse", in *Social and Legal Studies*, 1. lib., 1. zk., 40. or. Egile bera in: "La mujer del discurso jurídico", *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Elena Larraurik arg. Madril 1994, 175-186 orr.

(42) SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, Londres, New York, Routledge, 84-85 orr.

Bestalde, infantizidioak eta abortuak emakume krimen egileen arazoaren aurrean jartzen gaituzte, zeinen estatutua ezin baitaiteke emakume biktimarekin lotu, nahiz eta bi alderdi horien dialektika eztabaida zabalago bati dagokion, eta kontua da zer nahi dugun, alegia, Justizia penalak emakumeak kontuan har ditzan gizonezkoak bezala ala, alderantziz, mota desberdineko justizia bat. Pitchen hitzetan esateko, kontua da ea emakumeek ba ote duten zuzenbidearen beste subjektuen estatutu berbera, zeinen premiak eta interesak historikoki aintzat hartu baitira. Horrekin berdintasuna asimilazio bilakatuko litzateke eta horrek eztabaida kokatuko luke berdintasun formalaren (eskubide zibil, politiko eta sozialen esparrua zabaltzea eskatuko lukeena) eta desberdintasun errearen arteko ohiko oposizioan. Ala, alderantziz, xedea ote den deseraikitzea zuzenbidearen subjektua, historikoki subjektu gizon bezala eratu dena (zuria, jabea, heldua, egozgarria...), eta zuzenbidearen izaera sexuatua sendotu duena (43), bestelako subjektu baten aukerak arakatzera daramana, diferentzia ulertzera harremanen prozesu baten ondorio gisa izatearen (izate biologikoaren) emaitza baino gehiago. Horrek esan nahi du diferentzia eratzten dela baloratu beharreko zerbait balitz bezala, eskubideak eskuratzeko oinarri bezala, eskubideak bere osotasunean eskuratzeko oztopo bezala baino gehiago" (44).

Zuzenbidearen izaera sexuatua aitortzeak desberdintasun sexuala jartzen digu aurrez aurre, zeinek, besteak beste, balio izan baitu Estatu modernoaren sorreran tradizio liberalak eraikitako eskubideen berdintasun juridikoaren eta unibertsalismoaren printzipioa kritikatzeko eta birdefinitzeko. Justizia penalaren erreformak, berdintasunezko parametro konstituzionaletan oinarriturikoak, ebaluatzeko erabilitako tresna edo erreminta zen, baina destinatzaile bakarra Zuzenbide penaleko indibiduo abstraktu, neutro, unibertsal hori zuen (orokorrean eskubide zibilak aitortuak dituen hiritarra), baina gizona, beti ere.

Amatasun ihardetsiari dagokionez infantizidioak eta abortuak matxinada krudelegia adierazten dute patriarkatuaren eta emakumeari generoak egozten dion sinbolismoaren kontra

---

(43) "esan nahi baita, zuzenbidearen subjektu femeninoa eraikiz, munduaren sexualizazioaren proiektu sinbolikoaren parte bat dena, zeinetan desberdintasun sexuala ez den egoera sozial eta historiko bat bezala hautemana, baizik eta eliminatu beharreko zapalkuntza baten ondorioa, eta ez historiarekin eta gizartearekin deus ikustekorik ez duen datu ontologiko bat baino gehiago. Desberdintasun sexuala hauteman daiteke datu bezala eta aldi berean helburu politiko bezala" (neronek itzulitakoa). PITCH, T., "Femmes dans le droit, femmes hors du droit?, justice sexuée, droit sexué...", *Déviance et Société*, 16. lib., 3. zk., 263-265 orr.

(44) BERGALLI, R./BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, 47-49 orr.

(ama babeslea), baina desberdintasun sexualaren ikuspegitik ere amatasunak emakumearen nortasunaren funtsezko giltza dirudi, kultura femeninoaren emaitza gisa zainketaren etika sortzen duena, eta desberdintasun ez murrizgarri gisa, berak bere aldetik diskriminazio bat errebindikatuko lukeena, hau da, tratamendu bereizia eta emakumearen izaerari egokitu.

Ilustratuek eta erreformatzaileek infantizidioa, batez ere, arazo sozial bezala hartu zuten eta balorazio horri, XIX. mendean zehar gainjarri zitzaion positibismoaren diskurtso binarista, infantizida hartzen duena feminitate normalaren eredutik aldentzen den emakume bat bezala (emakumeak beste ezeren gainetik ama izan behar baitu), deskontrolatua eta bere baldintzapen biologikoez azpiratua, eta hain zuzen ere horrek esplika dezake Antzinateko Erregimeneko eta lehenbiziko Kode batzuetako lege agindu gogor haiek infantizidio kopuru handiak murriztu ordez, epaimahaiek aplikatu ez eta alferrikako neurri nola bihurtzen ziren (45). Horrek, ene ustez, lege erreforma eraginkorrakoak bilatzera bultzatzen du, zigorra delituaren larritasunaz izaten den pertzepzioari egoki dakion, kalte sozial txikiagoa sortarazten duen egitatea, Radbruchek hitzekin esateko "infantizidioa, XVIII. mendean Zuzenbide penala aldatzeko ahalegin guzientzat delitu funtsezkoa edo paradigmatikoa" (46).

Aldagai horiek guztiak batera lege diskurtsoan txertatzen dira, eta arau bihurtzen, ondoko hiru zirkunstantzia hauek direla medio: ohorearen kausa, delitua egiten denean haurra jaiotzean gerta zitekeen desohore sexuala ezkutatzearen kariaz (espainiar K.P.aren 410. artikuluan agertzen zen delitu mota); haurdunaldiak edo erditzeak ekarritako endredu psikologiko edo emozionalak (austriar StGB-aren 79. paragrafoan agertzen den mota), eta seme-alaben legitimotasun eza (alemaniar StGB-aren 217. paragrafoan agertzen den kasua).

---

(45) Euskal Herrian (eta Gaztelan) haur-hiltzaileei aplikatzen zitzaizkien zigorrak arinak baino arinagoak ziren, batez ere kontuan hartzen bada, legeen arabera delitu horri heriotza-zigorra zegokiola, ikus, VALVERDE, L., *Entre el deshonor*, op. cit., 32-34 orr.; CASARINI, M.P., "Tra criminalità e follia", 138-140 orr., non kontatzen baitu Bolognan 1817-1823 artean izandako 11 auzibideetan, 1836ko italiar K.P.ak infantizidiorako eta premeditaziozko erailketarako heriotza-zigorra ezarrita zuen arren, 11 epai horietako batean ere ez zen 10 urteko presoaldia baino zigor handiagorik jarri, eta gehienak 5 urteko kartzela besterik ez zuten izan eta bietan absolutioa. Emakume haien aldeko aringarriak izan ziren gaztetasuna, esperientziarik eza, laguntzarik ez izatea erditzeko tenorean, jaiio berria bataiatu izana, denak elementu txalagarriak epaileentzat, infantizidioa nolobait justifikatzerakoan, STAMPA BRAUM, J.M., *Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como "delictum exceptum"* A.D.P.C.P. 1953, 60-62 orr.

(46) RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una criminología histórica)*, A. Majadak itzulia, Bartzelona, 1955, 278. or. eta hurr.

Zirkunstantzia horiek, Anbrosettiren (47) iritziz, frogatzen dute Europako nazio askotako legerietan aintzakotzat hartzen hasiak direla jokabide baten gaitzespen sozialaren balorazio konplexuan eragina izan zezaketen baldintza subjektiboak (gogoeta horrek dogmatikaren aldetik infantizidaren erruduntasuna txikiagotzera darama).

Delitu hau ongi sustraitua eta legeetatik desagertzeko erresistentzia handikoa zen, adibidez, 1956an Reigek "hiltzorian zegoen delitua" zela zioen, ordurako Zuzenbide penaleko historian egon behar zuena, eta hala eta guztiz ere laurogeiko hamarkada arte ez ziren ohorearen kausa indargabetzeko benetako ahaleginak egiten hasi, orduantxe azaldu baitziren europar legelariak infantizidio figurak berekin zekarren zehapen pribilegioa kendu nahian.

Alde horretatik zinez adierazgarria iruditzen zait 1981ko abuztuaren 5eko italiar legea, Italiako Kode Penaleko 578. artikuluan aurreikusitako figura sakonetik aldatu zuen arren infantizidio delitua mantendu edo berretsi egin zuelako. Beste alde batetik, Espainiako 1995eko Kode Penal Berriak deuseztu edo indargabetu egin zuen, ez bakarrik ohorearen kausa baita delitua bera ere, printzipioz egitate hori erailketarantz bideratuz. Horrenbestez, komeni da galdetzea, burutu diren lege erreforma garrantzitsuen onura edo kritikaren azterlanean, doktrinak bere jarrera hartzeko baldintza kultural eta sozialen eboluzio eta aldaketari buruzko zein planteamendu orokor eta neutrotan oinarritu den, analisi eza nolakoa izan den, horiek zernolako eragina izan duten delituak ukitutako eskubidearen subjektuarengan (emakumeen bizi baldintzetan, edo emakumeari buruz justiziak izan ohi duen jarrera eta jokabideetan).

---

(47) Op. cit., 20-21 orr.

1981eko abuztuaren 5eko italiar legeak infantizidioaren mota penalaren berrespen alternatiba bat eskaintzen du figura autonomo gisa, sistematizatua dagoena XII. Tituluan, *Pertsonen kontrako delituak, I. Kapituluaren kontrako delituak eta kaltegabatasun indibiduala*, 578. artikuluan, non "infantizidioa abandonu material eta moraleko egoeran" izenburupean zera ezartzen baita: haur jaio berria hiltzen duen amari, erditu ondoren edo erditzeko tenorean, egitate hori gertatzen bada abandonu material eta moraleko egoeran, lau urtetik hamabira arteko presoaldia ezarriko zaio... Ez dira aplikatuko 61. artikuluan ezarritako astungarriak (48).

Delituaren formulazio berriaren testuingurua da Caracciolik ohorearen kausaren fenomenoak deitzen duena indargabetzea, Lege honen helburu behinena, izenean bertan ezagutzen den bezala (81/8/5eko 442/81 Legea, *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*) Kode Penalaren hein bateko erreformaren barnean. Berrikuntza honen bidez jarraipena ematen zitzaion hiru urte lehenago abortuan ohorearen kausa ezabatzearekin hasitako bideari, hura ere beste berrikuntza handiago baten eremuan bururatua, hain zuzen 1978ko maiatzaren 22ko 194/1978 Legearen barnean, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*. Arauzko erabaki horren aurretik izan zen 194/1978 Legea, zeinek Konstituzioaren 31. artikulua betez aldarrikatzen zuen umeak ohartuki eta modu zuhurrean izateko eskubidea, eta orobat, amatasunaren balio soziala, giza bizitza hasiera-hasieratik babestu beharra, emakumeari sorospen berezia emanaz haurdunaldian dagoenean. Sorospen araudia osatzen zen izaera programatikoagoa zuen 405/1975 Legean aurrez artikulatutako laguntzarekin. Lege haren xedea zen kontsultategi familiarrak eratzea eta behar gorrian zeuden emakumeei laguntzeko dirutza handiak jartzea.

Arestian aipatu den emakume haurdunarentzako sorospen eta babesaren araudiaren aurrean Francia, Pintucci eta Traversok galdetzen dute zer dela-eta legelariak nahi izan duen infantizidioaren birformulazioaren bitartez, ama hilketaren gaineko Legearen gogortasunetik "askatzea". Horrela sartzen gara erreforma hau kritikatzeko edo onartzeko doktrinak izan dituen arrazoi politiko kriminaletan.

[48] *Codice Penale e leggi complementari*, a cura di Vincenzo Patalano, Padua, 1992. Infantizidioaren kasuan berriaz baztertzen dira 61. artikuluko astungarri orokor edo arruntak, besteak beste, 5. zenbakikoa "l'averne profitato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa".

Lehenik eta behin, bereizi behar dira ohorearen kausa indargabetzearen gaineko balorazio kritikoa alde batetik eta infantizidioaren figura deliktibo berriazko bat mantentzeak sortarazten dituen erreakzio doktrinalak (eta jurisprudenziakoak) bestetik (49).

Legearen helburu behinena eta lehen hautapena (ohorearen kausa ezabatzea) guztiek txalotu zuten, uste zutelako horrela desagertzen zirela arau batzuk zeinen indarraldia oinarritzen baitzen jadanik gaindituta zegoen pentsamolde patriarkal batean, bai eta Konstituzioaren (3. eta 29. artikulua) funtsezko printzipioei kontrajartzen zitzaizen emakumearen ikusmoldeari hertsiki loturiko ohore sexualaren irizpide batean ere. Funtsezko printzipio horien artean, esaterako, hiritarren berdintasun moral eta juridikoa dago, sexuen arabera bereizkeriarik gabe eta beste Lege arruntetan Familiaren Zuzenbide berrian berretsitako printzipioekin (50).

Alde horretatik Palazzoren iritziz erreforma beharrezko bidea da Roco Kode zaharra armonizatzeko ondasun juridiko pertsonalen babespen konstituzionalekin, eta gizakiaren elkartasunezko proiektio sozialarekin. Ikuspegi konstituzional hori ez dator bat pertsona berekoien ikuspuntuan oinarritutako arau penalekin, zeina, arruntean, zapalkuntzak menderatutako antolamendu familiar eta sozialetan izan ohi den tutoretzaren hiperbalorazioak degradatuta egoten baita (51).

Argi dago beraz, adostasun zabala dagoela ohorearen kausa desagertarazteko iritzen artean. Gehienen ustez modu onena da sistema penalak balore konstituzionalekin, bizi baldintza aldakorrekin edo egungo familia baten kideen arteko harremanen planteamendu desberdinekin dituen desadostasunei behingoz amaiera emateko (52). Infantizidioa, emakumearen delituaren paradigma, ez da, alabaina, ohorearen kausak ukitutako arauen multzoan

---

(49) Deigarria da oso, ohore sexualaren ideiak zuen garrantzia edo nonahikotasuna, zigorra nabarmen arintzeko justifikazio faktore gisa, hainbat delitutan, hala nola, hilketa eta lesio pertsonalak, tratu txarrak, adin txiki-koak edo pertsona ezinduak abandonatzea, fetizidioa edo infantizidioa; bai eta I.K.P.eko 544 artikulua bereziari zegokionez, zeinek ez baitzuen ohorearen kausa zentsu hertsianean jaso, baizik eta askatasun sexualaren kontrako delituengatik erantzukizunaren iraungipen auzia; ikus, CARACCIOLI, I., "1981/8/5eko 442/1981 Legea, Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore", in: *Enc. Dir. VI*, 1960, 580, 22. or. eta hurr.

(50) (Nire itzulpena), horrela adierazten du CONTE, R.-k, "Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 codice penale", in: *Rivista Penale*, 10, 1981, 672. or. eta hurr.

(51) PAZZO, F., *La recente legislazione penale*, Padua, 1985, 3. arg., 325-326 orr. Zentzu berean PATALANO, V.I., *I delitti contro la vita*, Padua, 1984, 170. or. eta hurr.

(52) PATALANO, V., op. cit., 170. or.

egokitzen, eta Caracciolik adierazten duen bezala legelariak 578. artikuluan erresebatu du beste xedapenatarako tratamendu desberdin bat, araua ez dutelako indargabetu, erreformatu baino. Diskriminazio-sailkapen horrek, Ambrosettiren iritziz, egiaztatzen du figura horren posizio berezia araudi penaleko koadroan, izan ere, legelariak esan badu ere oho-rearen kausa onartezina dela zehapen tratu pribilegiatu baten oinarri gisa, hala ere baztertu egin du infantizidioa gizahilketaren disziplina orokorrean sar daitekeenik (53).

Dena den, makinatxo bat lege hautapen horren kontra eta ezabatzearen alde azaldu da. Goian aipatu diren egile horiek galderari erantzutean agertzen dute zentzugabea dela, are sistema barruko ikuspegitik ere. Haien ustez, nabarmena da araudi horren arrazoia ez dela bat etortzen lege probidentzia ugaritan adierazitako borondatearekin, zeinetan ukatu egin baita, gaur egun, emakumea abandonuan, bereziki materialean bizi daitekeela (54). Xedapen hau, halaber, famili Zuzenbidearen arloan aurreko erreformetan lortu nahi ziren helburuekin ez dator bat neurri handi batean. Era berean, Caracciolik ere ez du ulertzen abortua legeztatzen den giro permisibo horretan, "condizioni economiche o sociali o familiari" orokorreari erreparatuz, nola hautsi den moral sexualarekin loturiko egoerak bukatzeko eman nahi izan den jauzi kualitatibo hori, babesik gabeko gizakien bizitzarentzako babesik zorrotzenaren premiaren aurrean (55). Itxuraz hitz irmo eta aurrerazaleagoekin Barnik kritikatzan du infantizidioaren formulazio berria, atzerakoi eta kontraesankorra izateagatik. Horrelako "berrikuntza" soilik esplika zitekeen garai protoerromantiko bateko egoeretan (Puccinoti izeneko toskanar mediku batek 1840an deskribatutakoak), baina egungo gizartean emakumeak bizi dituen egoerekin zerikusi gutxi zeukaten. Era berean, galdetzen du ea denbora ez ote den *mens legis*-ean gelditu, bada, gaur egun ere arrazoi sozio-politikoak aipatzen dira emakumearen egoera latz hori ezkutuan gordetzeko, 578. artikuluan zorrotzasun paternalista eta berezitu baten gerizapean, amatasunaren eta gizartearen eta kultura-aren eta zuzenbidearen arteko erlazioa aldatu ez balitz bezala, kontzientzia kolektibo eta indibidual baten diskriminazio (aitortu gabea, aitortezina delako) desinentzibitzaile batean eta, azken finean, haurgintzarako eta amatasun duintasunerako eskubideaz bestelakoa den kontzientzia batean (56).

(53) AMBROSETTI, E., *L'infanticidio*, 32. or.

(54) FRANCIA, A., PINTUCCI, R., TRAVERSO, J.B., "Considerazioni Criminologiche in tema di infanticidio", in: *Criminologia e Psichiatria Forense* a cura di G.B. Traveso. Milan, 1987, 312. or. eta hurr.

(55) CARACCIOLI, I., "Abrogazione...", 28. or.

(56) BARNI, M., "Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore". *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1981, 1122. or. eta hurr.

Baina formula berriari eginiko kritikak ez du mota pribilegiatu gisa mantentzearen zentzugabekeria politiko kriminalean soilik eragiten edo ez behintzat delituaren elementu osagaia den "erditzearekin loturiko abandonu material eta moralaren" itxuraketan bezainbat. Formulazio berrizale honetara iristen da bi problema hauek ebatzi ondoren: lehenengoa, infantizidioa gizahilketaren aurreikuspenean erortzea ekiditea, eta bigarrena, figura berria elementu objektiboetan oinarrituta finkatzea, arazo psikikoaren aurreiritzia baztertu ondotik, emakumea erdi denean fenomeno normalizat ulertuta, onartezina izango litzatekeelako erdi-ezgaitasunaren aurreiritzia, eta emakumearen gutxiagotasun psiko-fisikoaren iritzi matxistaren barruan eroriko litzatekeelako (57).

Formula horrek sortarazten duen kritika edo beldurrik handiena da orokorregia dela, legeak ez dituela behar bezain argi finkatu aplikazioaren mugak, eta horrek epaileari esku ematen dio delitua nahi bezala epaitzeko, urrikalmendu errazean erortzeko arriskua barne (58). Agian, legearen lehenbiziko iruzkingileek behin eta berriz ohartarazitako beldur hori dela-eta, Jurisprudenzia bideratu da interpretazio guztiz murriztaile batera, gehienen tesian bederen. Paradigma gisa Kasazio Gorteak 1985eko apirilaren 16an diktatutako epaia aipa daiteke, zeinetan baztertu egin baitzen infantizidioaren arau bereziaren aplikagarritasuna eta zigortzen baitzen engainuzko hilketagatik. Auzitegi nagusiaren arabera, abandonu material eta moralaren baldintzak direla medio "possono ritenersi sussistenti solo quando la madre venga a trovarsi, al momento del parto, o subito prima o dopo di esso, in uno stato di isolamento tale che non consenta l'aiuto di presidi sanitari o di altre persone o la loro partecipazione fisica o morale, non quando l'isolamento venga creato e mantenuto a causa dell'indifferenza o dell'incuria della donna, che da esso tragga pretesto per la soppressione della sua creatura" (59).

Beste planteamendu bat, nahiz eta gutxiengoarena izan, Instantziako Auzitegi batzuetatik datorrela dirudi, aitortzen delarik 578. artikulua aipatzen dituela "emakumearen isolamendu, babesik eza, inkomunikazio eta etsipenezko egoerak. Ez baitago dudarik legela-

---

(57) Alde horretatik Ravaioli senatore andreak 1979ko urriaren 3an Justizi Batzordean izan zuen interbentzioa eta Garavaglia 1980ko uztailaren 2ko bilkuran Ganbarako Justizi Batzordean izandakoa, ikus, PATALANO, V., *Infanticidio*, 17. oharra, 173. or.

(58) CARACCIOLI, I., op. cit., 97. or.; zentzu berberean MERLI/CAVE BONDI., "Osservazioni sulle recenti modifiche legislative in tema di infanticidio", *Riv. It. Medicina Legale*, 1981, 957. or.

(59) Guztiengatik AMBROSETTI, E.M., op. cit., 50. or.

riak, infantizidio delitua autonomiadun figura deliktibo bezala mantentzea erabaki zuenean, ez zuela pentsatu ere egin emakumea eremu bakarti batean erdi zitekeelarik, inolako sorospenik gabe. Jakina, era horretan arauak ez zukeen behin ere aplikaziorik aurkituko, laurogeiko hamarkadan egoera objektibo horiek ezinezkoak lirateke, besterik ez bada ere, ordurako populazio osoak eskura zituelako sorospen zerbitzuak eta ospitaleko laguntzak (60).

Arauaren bi irakurketa horien arteko tira-biraren adierazpenik latzena izan zen Genovako kasu sonatua: frogatutako gertakaria izan zen emakume ezkondu, Estatutako funtzionario eta lehendik hemezortzi urteko alaba zuen batek burututako infantizidioa, haurdunaldia ezkutatu ondoren, haurra ezkontzaz kanpoko harremanen emaitza zelako. Lehen Instantziako epaitegiak 1989ko azaroaren 14an emandako epaiaren bidez jokabide hura 578. artikuluan sartu zuen, hauteman zuelako abandonu material eta moraleko egoera zegoela, izan ere "haurdunaldiko hilabeteetan somatu zitzaion jokabidean, haurra izan zuen arte, eza-gun zitzaizkion barrenean zeukan lan bortitza, konpondu gabeko arazoak, gainditu gabeko kontraesanak, emakumearen beraren asmoaren gainetik. Egoera kezkarri hark, nortasunaren distorsioek handiagotua, (hala zioen psikiatraren txostenak), emakumea bakardade garratz batera eraman zuten eta erditzea bezalako proba gogorra abandonu moral baten ezinbesteko ondorioa den abandonu materialeko egoeran iragan behar izatera" (61). Apelazio Auzitegiak, hala ere, ez ditu onartuko orokorregiak iruditzen zaizkiolako "barreneko lan bortitza", "gainditu gabeko kontraesanak", "konpondu gabeko arazoak", eta gainera uste duelako emakumea bere haurdunaldiaz kontziente izan delako eta, hortaz, erditzea prestatzerik izan duela. Beraz, ezin daiteke "moralki abandonatua" izatearen baldintza kontuan har, horrelako baldintzak aurretik eta momentuan berean gertatu behar direlako, eta ez du balio birtualak izateak (62).

Mota horretako interpretazioarekin, infantizidioaren gaineko araua arau garden bilakatzen da, zeina inolako hesirekin inguratu gabe ere edukiz hustutzen baita, non ez den Europako

---

(60) (Nire itzulpena), Trib. minorenni Bari, 1988ko apirilaren 7, in: *Riv. It. Medicina Legale*, 1991, 631, 636, 637. orr.

(61) Assiseko Gorteko 1. Instantziak emandako epaia, Genova, 1989ko azaroaren 14a, Ass. Appello Gorteak apelatu zuen, Genova, 1990eko apirilaren 2an, eta biak erreproduzituak daude in: *Foro It.*, 1991, II, k., 35. or. eta hurr.; era berean AMBROSETTI, E.M., 52. or. eta hurr.

(62) AMBROSETTI, E.M., 53. or.

Erkidegoz besteko Estatuko emakumeentzat soilik asmatua —Anbrosettik zeharka adierazten duen bezala—, edo marginazio poltsetan, drogamenpekotasunean edo isilpeko emigrazioan idoro daitezkeen kasuetarako (63).

Dena den, marginaltasun egoera horiek gertatu balitez ere, 578. artikularen interpretazio hertsiki objektiboak (gogoratu lan parlamentarioetan errefusatua izan zela nahasmendu psikikoaren egoeran gauzaten den infantizidioaren figuraren Proiektua) eta abandonu material eta morala emakumearen aukeraren ondorioa dela dioen argudioari Auzitegi Nagusiak emandako arbuioak, manu horren aplikazioa kasu gutxi batzuetara soilik mugatuko lukete. Italian, nazio aitzindaria erreforman, non dagoeneko 10 urte baino gehiago darama aplikatzen, Ambrosetti doktrinaren egoeraren adierazgarri den egilea da eta ez du manua indargabetzea eskatzen duten egileekin bat egingo, aitzitik, zeharka-meharka bada ere manu berezi baten premia berretsiko du, egungo 578. artikulua aurkitu dituen zailtasunak gaindituko dituena, izan ere "ez dirudi osoro egokia denik infantizidiorako tratamendu arindu bat erabat indargabetzea". Laster batean azter ditzagun haren arrazoiak.

Lehenik, 1981ean legelariak eginiko hautapenaren gaineko juzku oker batetik abiatzen da, bada, jurisprudentziako ebazpen kontraesankor horiek frogatuko zuten manu horren anakronismoa, emakumearen egoera sozial, kultural eta ekonomikoei dagokienez eta, orobat, infantizidioaren egunerokotasun eza, eskakizun politiko kriminal modernoekin alderatuta. Kontuan hartu behar da, juzku edo ikuspegi horiek erreferentzia bakartzat abandonu materialaren baldintzaren irakurketa mediku asistentziala baizik ez dutela. Ez dirudi pobrezia-aren feminizazioaren arazoak, guraso bakarreko familiaren gehikuntzak edo amatasunaren ondorioek emakumeen egoeran deus ikustekorik dutenik abandonu material horrekin, baldin eta erditzea ospital batean gauzatzeko modua bada.

Bigarrenik, indargabetzearen arazoetako bat da, egilearen aburuz, lege alternatibarik eza. Bada, horrek berekin ekarriko luke ezen, "infantizidiorako figura pribilegiatu baten faltan, epaileak behartuta egongo liratekeela adimen gaisotasuna onartzera, hau da, ama haurhiltzailea ulertzeko eta maitatzeko gai ez dela deklaratzera, edo bestela gizahilketarako ezarritako zigor larria jartzera". Aukera egin behar hori ez litzateke gertatuko beste nazio batzuetan, Alemanian kasu, non 217 StGB paragrafoa indargabetzearen aldekoa den Siegek (64) proposatu baitu infantizidio kasuak gizahilketa ez hain larrien kasuetarako den

(63) AMBROSETTI, E.M., 50-55 orr.

(64) SIEG, R., "Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes", in: ZStW, 1990, 292. or. eta hurr.

213 StGB paragrafora berriro igortzea. Horiek horrela, galdera zera da, zergatik jartzen da Ambrosetti bidegurutze horretan?

Haren hitzetik uler daiteke badela osorik konpondu ez den gai bat, infantizidio delituan, hain zuzen ere, erditzetik ondorioztaturiko arazo fisiko psikologikoak beti errepikatu beharra, zigorra jartzerakoan erregimen onena lortzeko helburu nagusi gisa, nahiz eta arrazoi horri atxikitzen zaizkion beste faktore legal batzuk, portaera horrentzat ordenamenduak ematen duen gutxiespen juridiko txikiagoa legitimatzen dutenak.

Egile honi premiazkoa iruditzen bazaio ere infantizidio kasuetan ulertzeko eta maitatzeko gaitasun eza deklaratzearen automatismoa baztertzea, hau da, ama haur-hiltzailearen us-tezko gaitasun psikiko gutxituaren izaera absolutua, besteak beste, egozgarritasun elementuaren krisiagatik, hark, ordea, defendatzen du, ikerketa kriminologikoen arabera, adimen eritasunaren intzidentzia handitzen dela keinu kriminal horren faktore determinatzaileen artean (65). Hori dela-eta txalotu egin du *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, Giuliano Vasalli, Justizi ministroak 1988an eraturako Batzordeak prestatua, zeinek biltzen baitu biziaren kontrako delituen eta kaltegabetasun indibidualaren esparruan (I. Liburua, Pertsonen kontrako delituak, 59.2 art.) infantizidioaren erregulazio bat isolamendu psikologikoa edo abandonu material eta morala gertatzen denean. Isolamendu psikologikoa esamoldea "infantizidioaren errealitate kriminologiko modernoari" legokioke.

Hala eta guztiz ere, legegintzaren teknikatik ikusita, alemanen proiektuen proposamena koherenteagoa iruditzen zaio, infantizidioaren figura gizahilketaren figura zabalagoan sartzea, alegia, nahasmendu emozional baten eraginpean (Affekttschlag), eutanasia edo gizahilketa gupidatsuan ere erabilia. Dogmatikaren ikuspuntutik, kasu bietan, gutxiespen txikiena subjektu egilearen erruduntasun txikiago batek determinatuko luke, bada, jokabide kriminalaren antijurizitate objektiboa pareka daitekeelako engainuzko gizahilketa arrunt batenarekin. Infantizidioaren pribilegioa amarengana iritsiko litzateke soilik, "egungo gizarte honetan hori justifikatuta bezala agertzen den hipotesi bakarrean, hau da, emakumea erditzeko tenorean aurkitzen denean hain bakardade psikologiko eta afektibo latzean edo hain abandonu material eta moralean, tentsio horrek berak krimen... ulerkaitz (66) horretara bultzatzen duela.

(65) AMBROSETTI, E.M., op. cit., 128-132 orr.

(66) Aipatzen du PESTALOZZIren hain ezaguna den esaldia (Über Gesetzgebung und Kindermord, in: Sämtliche Werke, VII. lib., 181, 269. or.) "L'infanticidio. Sogno o son desto? È forse possibile una tale azione?", AMBROSETTI, op. cit., 12 eta 139. orr.

---

Epaimahaiek (edo adituek nahiz psikiatreek) erraz froga edo egiazta ditzaketen egitate ulergarrietatik abiatu beharra alde batetik eta emakumeak bizia sortzeko daukan botere edo ahalmenaren aurrean antinaturala dela-eta gure kulturaren keinu infantizida asimilatzeko ezintasuna bestetik, aterabiderik gabeko zuloa osatzen dute delitu horren ulerkeran, etengabe itzultzen gaituztelako erditzearen momentuan eta gertakari fisikoan kokatu edo une horrekin loturiko nahasmendu psikologikoaren egoeretara.

Nahi gabeko amatasunaren arazoa beste koordinatu batzuetatik aztertu edo enfokatu ezina bailitzan, nahiz eta horiek abortuaren kasuan kontuan hartzen diren. Erditzea momentu kronologiko bat baizik ez da, emakumeak umekiarekin dituen harremanetan hautematen dituen arrotasun eta agresio edo inbasioaren hasierako eta etengabeko desegokitasunak gauzatzen edo areagotzen direnekoa. Arrotasun hori suntsipen bihurtzen da, gauzatu bezain laster, haur jaio berria ikusmenean izaten denean.

“Genero eskubidearen” ikuspegitik —esan nahi du gizonak eta emakumeak funtsean eskubide sexuatuena jabe direla— Graziozik (67) oso kritikoki enfokatzen du berdintasun gabeko eskubide kasuen mantenimendua, horien artean sartzen dituelarik Abortuaren Legea eta infantizidio delituaren egungo erregulazioa Italiar Kode Penaleko 578. artikuluan. Arbuia egiten ditu berdintasun gabeko eskubidearen adibide horiek, kultura penalista zaharraren jarraipen hutsa direlako. Izan ere, egile horrek frogatzen duenez, Zuzenbide Penalaren historian emakumeari zigor arinagoak jartzearen arrazoia izan da emakumearen gorputzaren fisiologia eta horretatik eratortzen ziren inplikazio emotiboak edo portaeraren arlokoak.

Nahasmendu fisiologiko-psikologiko horietatik ondorioztatzen da ahalmen juridikoa baino zentzutasun eta arrazoimen urriagoa, eta horrekin batera zehapen arloan, arauaren ulerkeraren desberdina (txikiagoa) eta ezagupen eskasa izatea. Argi dagoena da, gaur egun, egile honek dioen bezala, ulertzeko eta maitatzeko gai omen diren subjektuen artean bereizketa penalak egitea harrigarria eta bidegabekoa dela (68).

Arbuiozko jarrera horren oinarria da emakumea diskriminazioaren kontra babestu nahi omen duen “eskubide berezitua” azkenean beti asimilatzen zaiela gabeziari, minoritateari

---

(67) Op. cit., 143. or.

(68) GRAZIOZI, loc. cit., 101 eta 138-141 orr.

edo gutxiagotasunari. Eta diferentzia-dibertsitatea paradigma berria azpimarratu ordez, oroitzen tamalgarriko minoritate biologikoaren diferentzia-gutxiagotasuna berretsi egiten du (69).

“Emankorra da, baita zailagoa eta korapilotsuagoa ere, erabat desberdina den hipotesia, hots, eskubide berri bat proposatzea ‘genero eskubide’ gisa, oinarritzko eskubide sexuatuaren errekonozimendu eta bermeei lotuta”. Alternatiba horrek baditu beste irizpide batzuk, zeinen arabera emakumeek talde bat osatzen baitute, barneko lokarri normatiboez edo identitate kulturez bat egina (gutxiengo edo talde zapalduen antzera). Horregatik generoa ez dago parekatzerik identitate mota desberdinekin, horiek tutoretza eta babesak galdatzen dute eta horien arazoak informatu, erakutsi edo gainditzeko ahal dira autonomia edo tolerantziaren printzipio liberalen bidez edo orainago aniztasun politikoak proposatutako ereduaren bitartez. Generoaren diferentzia murriztuzina da, horregatik generoen arteko berdintasuna ez dago lortzerik, non ez den gainditzeko tutoretza hutsezko logika hori, zuzenbide diferentziatuari dagokiona, eta ez den “sopra la legge” jarduten, legearen gaineko orientazio batean (70).

---

(69) “Il femminile”, Zuzenbidearentzat mendeetan zehar sexu gaisoa izan da, berarekin lotu izan den minoritate eta gabeziaren zentzuagatik gobernatu eta babestu beharrekoa. Emakumeek debekatuta izan dute besteak eta beraien interesak ordezkatzeko modu gisa kargu publikoak hartzea. Abokatutzan aritzea..., seme-alaben tutoretza bera amaren esku uztea eztabaida eta liskar ugariaren xede izan da eta emakumeen gatazka luze batena... salatzen ahalmena ere ukatu egin zaio... lekuko izatearena ere bai, modu askotara gainera, berezko ezintasun horren adierazgarri da... Gaur egun eskubidea du arlo horietan sartzeko. Eta berriro tutoretzako eginkizunetan dihardu, baina gizonen eta emakumeen berdintasunaren alde. Argi dago horrek guztiorrek mesfidantza baizik ez duela sortzen. Plano horretan berean mugitzen dira ekintza positiboaren eskuhartzeak, emantzipazio motako legeria proposatzen dutenak, Zuzenbidea emakumeentzat ere sustatzeko helburua dutelarik. Planteamendu maltzur horrek eragin atzerakoiak izan ditzake eta emakumeak zorrotz eta astiro eginiko kritikak jasotzen ditu (neronek itzulitakoa). GRAZIOZI, loc.cit., 140-142 orr.

(70) GRAZIOZI, M., loc. cit., 143. or. “Sopra la legge” ideia horren gainean argi eginez, BOCCIA, M.L., (“Da “sopra la legge” una critica a un punto di vista maschile”. *Democrazia e Diritto*, 1993, 315), esaten digu ezen, una delle più preziose acquisizioni del femminismo è proprio nel differente modo di produrre pensiero, di creare un altro ordine, altre forme e misura della realtà, reinterrogando insieme ciò che in essa appare già dotato di un suo senso e posto, e ciò che invece a questo sfugge, restando affidato a la mera esperienza, alla vita come se dice. Anche rispetto al diritto, l’elaborazione sulle forme e i principi, che del diritto sono l’essenza, ha preso le mosse nel femminismo da questa recognitione di ciò che vi era compreso, e dunque risultava comprensibile a partir dal diritto, e ciò che, al contrario, era, è, a esso irriducibile, e per ciò stesso appare destinato a permanere “incivile”, “selvaggio”. Sarebbe un grave errore ridurre la posizione da cui parla la differenza sessuale o a istanza “della vita” verso la forma (e lo si fa quando si riduce la differenza a identità, portatrice di “nuovi” contenuti, “nuovi” diritti).

---

Idea hori —legearen gainera—, hein batean, desberdintasunarenganako mesfidantzaz oinarritzen da, azken finean beldur garelako (71) iraganera itzuliko ote garen, edo biologizismo positibista berriro gure artera etorriko ote den, nahiz beste jatzera batez edo asmo laudagarri. Horrek eragin kontraesankorrak eta desberdinak sortzen ditu. Horrela, abortuaren kasurako “sopra la legge-an” izate edo egote horren erreferentzia da emakumeen askatasunaren produkzioa, eta produkzio hori ez dago zertan eskubideak eragindakoa izan behar, baizik eta emakumeen arteko praktika politika eta sozialak. Emakumeen askatasun hori (abortuaren kasuan) emakumeak bere gorputzaren gainean subiranotasuna erabiltzean agertzen da, eta horrek eskatzen du jokabide horren gaineko arauak desagitea, edo gauza bera dena, Kode Penatik ateratzea, eta horrela emakumeak erabakiak hartzeko ahalmena, haren amatasun ihardetsia, Estatuaren kontrol patriarkaletik libratuko litzateke. Aldiz, infantizidioaren kasuan —horiek ere amatasun ihardetsiaren mota batzuk baitira, mota berezi autonomorik, edo kasuok bere baitan bildu eta bereizi zitezkeen gizahilketa mota arindurik ez izatean—, aplikatuko litzaike gizonari aplikatzen zaion lege bera eta jokabide horri erailketa deituko litzaike. “Sopra la legge” izan edo egoteak edo eskubide desberdin edo diferente bat aurreikusi ez izanak amatasunak dakarren desberdintasun azpiraezina herrestan eramango luke, eta geldituko litzateke asimilatua edo neutralizatua.

---

(71) Beldur horren sorburua desberdintasun sexualaren politikak eta pentsamenduak emakumearen gorputzari eta desioari, plazerrari eta horrela jaiotako gorputzaren ongizateari ematen dieten garrantzian datza; GARRETAS, M.M. *Nombrar el mundo en femenino*. Op. cit., 184. or. eta hurr.

### 3.

## *Infantizidioaren indargabetzea Espainiako 1995eko Kode Penalean*

### 3.1

#### **ERREFORMA BATEN ARRAZOIAK ETA ONDORIOAK**

Eraiketa, parrizidioa edo gizahilketa delituentzat esparru penalean ezarrita zeuden zigorrekin alderatuta infantizidioarentzat askoz ere arinagoak zirenez alde zientifikotik kritika ugari izaten ziren, batez ere gero eta justifikagaitzago bihurtu zen pribilegio bat zelako, edo erabateko esplikazio politiko kriminal bat beharrezkoa zuelako (72).

Doktrina eta Jurisprudentzia, laurogeiko hamarkadatik aurrera, hasi ziren ez bakarrik Beccaria eta Carrararen iritziekin bat ez zetozela adierazten, baita ere, jokoan izaten diren baloreen ikuspuntutik, onartezina zitzaiela biziaren babesean egiten zen murrizketa galant hura. Kritika horri eratziki zitzaion delitua anakronismo bat zela eta Konstituzioaren testuarekin kontraesanean zegoela, bada, ez da inola ere zilegi familiaren ohorearen kariaz pertsona baten heriotza pribilegiatzea. Gauza da azkenean ez zela esplikaziorik aurkitzen ohorearen kontzeptuan sustraitutako manu batentzat (ohorearen kontzeptuaren sasiko azpi-produktua), gizarte hierarkizatu batetik heldu dena eta, gaur egun babes penala izateko duin ez izanik, halako pribilegiorik zimendatu ezin duena (73).

Doktrina zientifikoak aurreko erregulazioari eta are mota penal autonomoaren mantenimenduari adierazitako aho batezko arbuioak, azkenik, Kode Penal Berrian oihartzuna izan duela dirudi. Burutu den indargabetzeak behartzen du edo gonbidatzen, bederen, gogoeta bat egitera aurrekaririk gabeko proposamen abolizionista honen azpian diren arrazoiez.

(72) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2. arg., Bartzelona, 1986, 39. or. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, 1. arg., Madril, 1986, 101. or.

(73) COBO DEL ROSAL, M., CARBONELL, J.C., *Derecho penal. Parte especial*. I. lib., Valentzia, 1987, 517. or., QUERALT, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*. I. lib., Bartzelona, 1986, 39. or. Honek, GIMBERNATEN hitzez baliatuz zera zioen: "kontua ez da amaren ohorea babestea, gizasemearena baizik, kasu honetan aitonaarena. Ezbaian jartzeko modukoa da pribilegio honen konstituzionaltasuna".

1980ko Lege Organikoaren proiektuan eta 1983ko Kode Penalaren Aurreproiektuaren Proposamenean aurreikusten zen bakarrik ohorea ezkutatzeko zioa beste elementu batekin ordezkatzea, hain zuzen ere erditzeko momentuan eta erditze ondoren diren tentsio emozionalekin (74). 90eko hamarkadako proiektuek, hala ere, erantzun penalaren aldaketa zarakarregia iragartzen dute haur jaio berria hiltzen duen amaren keinu setatiarentzat. Alde horretatik 1992ko Kode Penalari buruzko Lege Organikoaren Proiektuak eta 1994ko K.P.L.O.k ordura arte indarrean zegoen egoera funts-funtsetik aldatu zuten. Bi proiektuetan infantizidioaren figura desagertu egin zen eta azpikeriaren ohiko definizioa aldatu zuten, objektibatuz, azken zehaztapen bat erantsi ziotelako; horren arabera: "azpikeria dagoela

---

(74) 1980ko Proiektuan infantizidioak mota espezifiko bat kontserbatzen du, aparteko kapitulua izatea galdu badu ere, eta erregulatzen du II. Liburuko I. Tit. I. kap. 159. artikulua "Erditze ondoko egoeraren edo erditzeak berak sortarazitako tentsio emozionalen eraginpean, haur jaio berria hiltzen duen amari, infantizidioaren errudun gisa, hiru urtetik zortzira arteko presoaldia ezarriko zaio". Proposamen hori Minoría Catalana talde parlamentarioak atzera botarazi zuen Parlamentuan, 58. zuzenketaren bidez, zera argudiatuz: "ohorearen kausan arrazoitutako infantizidioaren indargabetzearekin asmatu egin da eta lorpen hori ez dago zertan lausotu behar beste mota bateko infantizidio baten indargabetzearekin". Era berean Talde Komunistak bere 158. zuzenketan proposatzen zuen infantizidioaren mota ezabatzea. Honela justifikatzen zuen: "infantizidioaren figura ezabatzen da anakronikoa delako eta kontraesanean dagoelako antolamendu konstituzionalarekin, zeinak ohore familiarra eragozten baitu pertsona baten heriotza pribilegiatzeko, proiektuak kritika hori saihesteko asmoa duen arren erditze ondoko sukarrak aipatuz, fenomenologia hori gure mendekoa ez delarik". Kritika hauekin bat etorri ziren doktrina penalekoak, eta agian horrexegatik 1983ko PANCPak mantentzen du infantizidioa mota pribilegiatu bezala, baina berriro erredaktatzen du manu hori II. Liburuko I. Tit. I. kap. 143. artikuluan, "Erditzeak sortarazitako tentsio emozionalen eraginpean, haur jaio berria hiltzen duen amari, infantizidioaren errudun gisa, hiru urtetik zortzira arteko presoaldia ezarriko zaio". Ikus zentzu horretan TALÓN MARTÍNEZ, F., "Delitos contra las personas," in: *Proyecto de Código Penal* (R. Jur. Cat.-aren lan monografikoa), Bartzelona, 1980, 81. or. eta hurr. Ikus, halaber, GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, A., "Parricidio, Infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código Penal", in: *Cuadernos de Política Criminal*, 17. zk., 1982, 218-219 orr. Orainago SANZ MORÁN, A.J.-ren garrantzi handiko aportazioa, "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida", in *A.D.P.C.P.*, III. faszikulua, 1995eko irail-abend., 822. or. eta hurr.

esan daiteke delitua guztiz babesgabea den pertsonari egiten zaionean" (75), esan beharrik ez dago baldintza horretantxe aurkitzen dela haur jaio berria. Horren ondorioz, 1992ko Kode Penalari buruzko Lege Organikoaren Proiektuan (KPLOP), non parrizidua baztertu baitzen, bai eta biziaren kontrako delituen eremuan ahaidego astungarria ere, infantizidua eraiketa bihurtu zen, 15 urtetik 20ra arteko presoaldiko zigorraz (76). Era berean 1994ko KPLOPea, non izen propioarekin gizahilketak bakarrik iraun baitzuen eta astungarri berariazko gisa ahaidetasuna berreskuratu baitzen, infantizidua zigortu ahalko da bi inguruabar astungarri hauek —azpikeria eta ahaidegoa— dituen gizahilketak bat bezala, biziaren kontrako delituetarako aurreikusita dagoen zigor larrienarekin, 20 urtetik 25era (77).

Doktrina zientifikoak azpikeriaren definizioaren azken lerroaldeari kritika latzak egin dizkio (1992ko KPLOPeako 21.1 art. eta 1994ko KPLOPeako 23.1 art.), besteak beste, erantzukizun objektiboa (78) debekatzearekin bat etor ez daitekeen susmoaren figura dakarrelako.

---

(75) "Kode Penalari buruzko 1992ko Lege Organikoaren Proiektua", *Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala, Diputatuen Kongresua. V. Legealdia, 77. zk., 1.* Justizi Ministerioioko Idazkaritza Tekniko Nagusia, 1992, 21. art.: inguruabar astungarriak dira, 1.- Egitatea azpikeriaz burutzea. Azpikeria dago subjektuak pertsonen kontrako delituak gauzatzen ditunean bere egitateko baliabide, bitarteko edo modu batzuk erabiltzen ditunean, bereziki eta zuzenean egitatea segurtatzeko, berak inolako arriskurik izan gabe irainduak bere burua defendatzeko izan dezakeen erantzunari dagokionez, edo egitatea guztiz babesgabeak diren pertsonari egiten zaionean. "Kode Penalari buruzko 1994ko irailaren 26ko Lege Organikoaren Proiektua", *Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala, Diputatuen Kongresua. V. Legealdia, 77. zk., 1., 33.* art.: "inguruabar astungarriak dira, 1.- Egitatea azpikeriaz burutzea. Azpikeria dago errudunak pertsonen kontrako delituak gauzatzen ditunean, bere egitateko baliabide, bitarteko edo modu batzuk erabiltzen ditunean bereziki eta zuzenean egitatea segurtatzeko, berak inolako arriskurik izan gabe irainduak bere burua defendatzeko izan dezakeen erantzunari dagokionez, edo egitatea guztiz babesgabeak diren pertsonari egiten zaionean".

(76) "1992ko Kode Penalari buruzko Lege Organikoaren Proiektua", 145. art., "Hamabost urtetik hogeira bitarteko presoaldiko zigorra ezarriko zaio pertsona bat hiltzen duenari, gainera ondoko inguruabarren bat gertatzen denean: 1. azpikeria"

(77) "1994ko irailaren 26ko KPLOP", 138. art., "Pertsona bat hiltzen duenari, hilketaren errudun izateagatik hamar urtetik hamabostera arteko presoaldiko zigorra ezarriko zaio; 139. art., hamar urtetik hamabostera arteko presoaldia ezarriko zaio hilketak burutzen duenari ondoko inguruabarren bat gertatuz gero: 1goa, azpikeria..., 5garrena, biktima errudunaren aurreko ahaidea, ondorengoa edo ezkontidea baldin bada; hilketan aurreko artikuluan aurreikusitako inguruabarretako bi edo gehiago gertatzen badira, hogeitaz gero bostera arteko zigorra ezarriko zaio.

(78) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el proyecto de Código Penal de 1992", 404-405 orr., eta DEL ROSAL BLASCO, B., "Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992", 953-956 orr., biak in: *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Madril, 1994. Zentzu horretan berean mintzatu zen CERESO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madril, 1993, 212. or.

Azkenean lerro juridikzional ezagun batek etengabe mantendu zuen irizpideari nagusituko zaizkio. Lerro juridikzional horrek azpikeriaren inguruabarraren izakera mistoa (baina batez ere izakera objektiboa) defendatzen zuen (79). Horrela, bada, Justizi eta Barne Batzordearen Txostenak onartu zuen (80) Talde Popularrak aurkeztutako 243. zuzenketa, azken hitz-tarte hori kentzeari buruzkoa.

Alabaina, ez da aurrera aterako 139. artikulua aldatzeari buruzko 37. zuzenketa, hura era Talde Popularrak aurkeztutakoa: "zigor bera ezarriko zaio, parrizidioaren errudun izanez gero, hilketa burutzen duenari, biktima errudunaren aurreko ahaide, ondorengo edo ezkontide baldin bada", zeinek parrizidioa, izen propioarekin, bereizi nahi baitzuen (81) —hilketa mota bat bezala—. Onartzen da, ordea, IU-IC Talde Federalaren proposamena, ahaidetasuna inguruabar misto bezala hartzekoa, oro har, delituak larriagotu edo arindu ditza-

---

(79) Ikus, korrante juridikzional ezagun horren isla in: "Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria", "1990eko Aurreproiektuaren zirriborroaren gainean", in: *Actualidad Penal*, 17. zk., 244. or.

(80) Horren arabera kendu egin da esaldi hau: "edo egitatea guztiz babesgabea den pertsona batengan egiten bada". Ezabatze horrek ez du deus aldatzen, izan ere, 243. zuzenketa justifikazioan zera esaten da: "esaldia azal-azalekoa da, ez da derrigorrezkoa pertsona guztiz babesik gabea izatea, bada, aski da haren defentsarako aukerak erasotzailearentzat arriskugarri ez izatea, aginduaren gainerakoan jaso den bezala, azpikeria gertatzeko. Tesi hau eta Auzitegi Gorenak jurisprudentzian behin eta berriz defendatutakoa oso antzekoak dira. Diferentzia, beraz, legegintzako teknikaren afera bat baizik ez da. *Gorte Nagusien Aldizkari Ofiziala. Diputatuen Kongresua. V. Legealdia, Lege Proiektuak, 1995eko maiatzaren 22, 77-78 zk.*

(81) Talde Popularraren zuzenketa hau harrigarria da, bertan ezkontide-hilketa ere mantentzen delako, doktrina penal onenak eta lerro jurisprudenzial hurbilenak adierazitakoaren kontra, ikus, Auzitegi Gorenaren 1994ko martxoaren 28ko, maiatzaren 10eko eta urriaren 31ko epaiak, Auzitegi Gorenaren Bigarren Saileko Batzar Nagusiak 1994ko otsailaren 18ko bilkuran hartutako ebazpenari jarraikiz, non gehiengoaren erabakia izan baitzen 405. art. (ACP) ez aplikatzea "bizitzaren kontrako lege-haustearen subjektu aktibo eta pasiboaren artean ezkontz harremanen suntsidura kasuetan", ikus MATA Y MARTÍN, R.M.ren iruzkina, "La relación conyugal como elemento del delito de parricidio. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo, 10 de mayo y 31 de octubre", in *La Ley 1995, 18 de abril*, 1-4 orr.: mota larriagotu horren interpretazio murriztuaren gainean, doktrina jurisprudenzialean jada nagusitua zegoena, 11. artikuluko ahaidetasunaren astungarri orokorra aplikatzean (ACP), ikus: MESTRE DELGADO, E., "La atenuante y la agravante de parentesco", Madril, 1995, 14. or. eta hurr. Parrizidioaren mota larriagotua mantentzeari buruzko oposizioaz edo justifikazio ezaz, guztietarako ikus, SANZ MORÁN, A.J., "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida", op. cit. (81 eta 82. oharrek), 814-817 orr.

keena, zioen eta ondorioen arabera. Beraz, inguruabar orokor gisa hartu behar da soilik, eta azkenean halaxe onetsi zen (82).

Doktrina penalaren etengabeko adierazpenak eta arestian aipatu Kode Penalaren Proiektuetan islatutako aukera abolizionista gorabehera, Talde Parlamentarioak, orduan oposizioan zeudenak, badirudi ez datozela bat irizpide horrekin. Horren froga, honako hauek: Lehena, Talde Popularrak sinatutako 318. zuzenketa, zeinetan proposatzen baitzen 140. artikuluari bigarren puntua eranstea, honela erredaktatuta: "2. Erditze ondoko egoeraren edo erditzeak berak sortarazitako tentsio emozionalen eraginpean, haur jaio berria hiltzen duen amari, bi urtetik laura arteko presoaldia ezarriko zaio". Horren justifikazioa ez da besterik ohorearen kausagatiko infantizidioaren formula eguneratzea baino, gaurko gizarteko inguruabarrei hobeki egokitzen zaien inguruabar psikologikoarekin ordezkatzuz (83).

Bigarrena, 140. bis artikulua 708. zuzenketa, IU-IC Talde Federalak sinatua. Beste artikulua bat eranstea proposatzen zen, testu honekin: 140. bis art. "Erditzeko momentuko inguruabarrek sortarazitako tentsio emozionalen eraginpean, haur jaio berria hiltzen duen amari, hiru urtetik zortzira arteko presoaldia ezarriko zaio". Zioen azalpenak —teknikoagoa izanik politika kriminaleko arrazoiak aipatzen ditu, aurreko orrialdeetan agertutakoekin baterago daudenak, doktrina penaleko alderdi batek ere sumatu zuen bezala— zera dio: "Egoera berezi hori aurreikusten ez bada, egitate hori ahaidetasunak larriagotutako hilketa bilakatzen da, 139.5 art., eta haur baten hilketa beti azpikeriaz datorrela uste denez, bi astungarri batera suertatzen direlako, arlo honetan aurreikusitakoetarik zigorrik larriena jasoko du. Aldiz, indarrean dagoen infantizidio mota honetan sartutako desohorea ezkutatzegatiko arrazoiria jo gabe, gomendatzen da gertakizun horiek zein egoera sozio-kultural berezitan gertatzen diren gogoan hartzea, eta, hortaz, zigor txikiagoa jartzea" (84).

---

(82) Ahaidetasunaren inguruabar mistoa erredaktatzerakoan, horren eremua, 1983ko erreformarekin hasitako bidea, zabaldu nahi da, baina jaramonik egin gabe egin ziren kritika batzuei, zeinetan esaten baitzen gerta daitekeela segurtasun juridikoaren printzipioa bortxatzea edo debekatutako analogia erabiltzea. DíEZ RIPOLLÉS, J.L., "las circunstancias...", op. cit., 412. or.

(83) 318. zuzenketa, Lehenengo Sinatzailea Talde Popularra, *Gorteetako Aldizkari Ofiziala, Diputatuen Kongresua, 1995eko martxoaren 6, A saila, 77-6, 187-188 orr.*

(84) 708. zuzenketa, Lehenengo Sinatzailea IU-IC Talde Federala, *Gorteetako Aldizkari Ofiziala, Diputatuen Kongresua, 1995eko martxoaren 6, A saila, 77-6, 285-286 orr.*

Ezaguna denez bi proposamen horietako bat bera ere ez zen aurrera atera, eta iragarri bezala infantizidioa hilketa-erailketa bihurtu zen; balorazio berri hori 1992ko Proiektuaren zioen azalpenean berariaz justifikatu zen, izan ere "kasu horretan adimenaren nahasmenduagatik edo beldurragatik salbuesle osoak edo ez-osoak izateak zuzentasunez ebazten ahal ditu arrazoizko eskuzabaltasuna merezi duten kasuak".

Erraz egiazta daiteke, hortaz, infantizidioaren figura ezabatzeak zigor erantzuna gogortzea ekartzeaz gainera, ama hori zigorraren eta eraile kalifikazioaren gogortasunaren mende ere jartzen duela (85). Alternatiba bakartzat eta kasurik hoberenean, itxoin beharko du martxan jarri arte Parte Orokorraren erregelak, gainditu ezinako beldurraren, behar gorriaren (Auzitegi Gorenak abortuaren kasuan aplikatu nahi ez dituen salbuesle horiek infantizidioaren kasuan aipatzea inozokeria dirudi), edo adimen nahasmendu iragankorraren gainekoak, hots, egitatea erotasunera bideratzen dutenak. Erreforma horrek hainbat galdera eginarazten ditu eta horregatik astiroago aztertzea merezi du.

Aurrena, Europako Zuzenbide Penalean parekorik ez duen abolizio horrek duela mende bat baino gehiago sendagileen eta legelarien artean infantizidaren adimen osasunari buruz planteatu zen eztabaida gaurkotu eta berpiztu du. Oraingoan ere, sekulan argitu ez den eta are berpizten ari den eztabaida batera itzuli gara, onetsitako erreformak proposatzen dituen bi bide hauen aurrean, zigorraren (erailketa) eta erotasunaren artean (Parte Orokorraren arau salbuesleak aplikatzen badira). Bada, Sanz Moránek ederki asko adierazten duen bezala, ez datoz ondorio berdinak Parte Orokorraren arauak beren gisa utzita edo bere esparru penal propioa duen mota penal berariazko bat finkatuta. Soilik azken kasu honetan egokituko da arbitrio judiziala zuzentasunezko neurrietara. Horri erantsi behar zaio, mota bigunagoaren eragin hertsigarria, eta bestalde egitate hori erailketa gisa kalifikatzea eragotzi ezinezkoa da (86).

---

(85) CERESO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madril, 1993, 212. or. Proiektuaren soluzioari dagokionez egile honek uste du, ezen "infantizidioaren figura mantendu ezean eta azpikeriaren astungarria zabaltzarekin, korrante jurisprudenzial ezagun baten arabera, haurra amak hiltzea, nolana ere, erailketa izango litzatekeela". Beste zentzu batean GARCÍA VALDÉS, C.-k, *El Proyecto de Nuevo Código Penal*, Madril, 1993, 19. or., indargabetu dadila defendatzen du, nahiz eta gero, bere hitza janaz adierazten duen egitate hori ezin daitekeela inoiz ere erailketatzat har, "bada, adin txiki-txiki hori delituari lotzen zaio eta horrela ez dago azpikeriarentzat tokirik". SANZ MORÁN, A.-k "Presupuestos...", 825. or. (109. bis oharra) agertzen duenez, ikusi beharko da Auzitegi Nagusiak baztertzen duen edo ez astungarri horren interpretazioa zabaltzearen aldeko tesia. Eta beste alde batetik, ez dakit zein delituri (infantizidioa desagertu ondotik) atxiki dakioken adin txiki-txikiaren inguruabarra.

(86) Op. cit., 824-825 orr.

Hurrena, komeni da galdera zuzentzea berdintasun konstituzionalaren printzipioa ulertzeko parametroetara, zeinekin juzkatzen baita infantizidioaren pribilegioak suposatzen zuen diskriminazio "onartezin" hura.

Kasu batzuetan, infantizidioaren pribilegioaren arbuio tekniko dogmatikoa eta politiko kriminala Pachecok bultzaturiko irizpideen itzulera kezkarrian oinarritzen delako, delituaren gaineko iruzkin ziniko eta ilustrazio aurrekoan, 1848an arautzen zen bezalaxe, "Ulertzen dugu eta onesten desohorea ezkutatzeko deliberoa Legeetan kontuan hartu behar dela. Baina arrazoi aringarri hori dela eta, ulertezina eta gaitzestekoa iruditzen zaigu heriotzatik —parrizidioaren ohiko zigorra, betiko kartzela zigorra mota bereko beste auziak leudekeen bakarrik jarriko litzatekeelako — presoaldi txikira jaitea. Artistikoki, zientifikoki, adibiderik ez duen jauzi bat da. Gizakiak garen aldetik zeharo nazkagarria deritzogu. Haurra jaiotzerakoan eutsi ez zuen ohorearen ideia horri, moralki ezin dakioke eman artikulua hiru urteko umearen hilketa zurrizko ematen dion baliorik ez indarririk. Hori egiteko ez da nahikoa ohorea gurtzea, horrezaz gainera basapizti baten bihotza behar da" (87).

Hitz adierazgarri horien arabera, bistan da eutsi ez zuen ohorearen ideia hura dela emakumearen harreman sexualetan nagusitu behar dena une oro, bat eginez sexualitatea eta amatasuna. Horregatik Kode hau hausten duen emakumeak zigorrik handiena merezi du. Hortaz, jokoan dagoena ez da bakarrik jaio berriaren bizitza emakumearen ohore sexualari kontrajarria, baizik eta emakumearen ibilbide sexual amatasunezko osoa eta behin ere ez haren osagarriarena, hots, gizonarena, zeinen ohore sexuala ez du kalterik izango kontaktuagatik eta are gutxiago amatasunagatik —zeinetaz ez duen erantzukizunik hartzen—, suntsipenean lankide izateko ez bada, eta aski da horretarako Jurisprudenzia irakurtzea. Hemen komeniko litzateke Rojas Marcosek New Yorkeko Bronx auzoko aitarik gabeko umez esan zituen hitzak oroitaraztea: "Aita egiteak haientzat esan nahi du umei maitasuna eta segurtasuna ematea (tamalez haietako oso gutxik izan dutena etxean). Haur bat izateak esan nahi du noizbait neska batekin harreman sexualak izan zituela, haurdun utzi zuela eta neskak umea izan zuela. Horixe da dena (88).

---

(87) PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*, 2. arg., III. lib. Madril, 1856, 35. or. 1848ko Kode Penalaren iruzkingile ospetsuaren aipua infantizidioaren gainean gaztelaniaz berriki egin diren azterlanen gustukoa dela ematen du eta, alderantziz, ez da ezaguna edo ez da aipatu ere egiten gai honetan atzerrian dagoen bibliografia onenean. Horrela, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., "Delito de infanticidio", *Rev. D. P. Crim.* (UNED), 3. zk., 1993, 415. or.; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F., "El infanticidio", *Rev. D. P. Crim.* (UNED), 2. zk., 1992, 518. or.; lehenago COBO/CARBONELL, *Derecho penal, Parte especial*, Valentzia, 3. arg., 1987, 517-8 orr.; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte especial*, 103. or.

(88) ROJAS MARCOS, Luis, *El País Semanal*, 1996ko uztailaren 6, igandea, 92. or.

Beste kasu batzuetan, pribilegioaren ezabaketa ohorearen ideak arbuatzean funtsatzen zen, infantizidio motan inplizituki zegoen ohore sexualaren adierazpen zen heinean, izan ere, planteamendu horren arabera gaur egun ezinezkoa denez harreman sexual bat edo jaiotza bat beste bat baino ohoragarriagoa izatea, horren ondorioz eta Konstituzioarekin bat etorritik, ezin da inor onarpen publikotik bazter utzi, horrek ez baitu ohorearen kontzeptua inola ere determinatzen (89). Irakurketa hau azken mugaraino eramanez zera diosku, ohore sexualik ez dela existitzen. Horren begibistako ondorioa, beraz, izango da infantizidioaren delitua ezabatzea, haren zedarria, ohorearen kausa desagertzean (ohore sexual bezala ulertua).

— Baina ez dugu ahaztu behar Konstituzioaren 9. artikulua dioen bezala, Zuzenbide penala sistema sozialaren bilakaeraren bultzatzaile dela. Azaldutako proposamena, nahitaez izan behar hori islatzen duena, nire iritziz arau konstituzionalaren eta zehazkiago familiarren Zuzenbideak dituen ulerkera ideologiko bat da, gizartearen errealitatean betetzen ez dena betearazten saiatzen delako, eta ez dago urrunegi joan beharrik, Infantizidioaren edo, kasua hala bada, Parrizidioaren gaineko epaien egitate frogatuek erakusten digute-eta.

Infantizidioa bezain zaharra (eta aldi berean horren konplexua) den delitu batek zerbait agerian jartzen badu zerau da, hain justu, ama haur-hiltzaile batek egiaz bizi duen sistema soziala (sistema abstraktua, unibertsala eta neutroa, baina maskulinoa) ez datorrela bat Konstituzioan zertu denarekin, zein hartzen baita erreferentzi puntu gisa pribilegioa deskalifikatzeko.

Postmodernismoari ez zaio arrazoirik falta zera dioenean, hots, emakumearen egoera juridikoa ezin ulertuzkoa izango dela, non ez den bizitza errealarekin alderatzen.

---

(89) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Revisión del contenido del bien jurídico honor", *A.D.P.C.P.*, 1984ko maiatza-abuztua, 307. or. eta hurr.; BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., 42. or.

Emakumeak legearen aurrean bizi duen benetako egoera ulertzeko beharko litzateke tes-  
tinguruaren interpretazio bat, haren bizi baldintzak, emakumeen arteko aldeak eta ema-  
kumeen eta gizonen artekoak kontuan izango dituen (90).

### 3.2

### INFANTIZIDIOA-ABORTUA

Arrazoi horrexegatik ezin onartuzkoa da infantizidioa etengabe zirkuitulaburreko portaera bezala ikustearen ikuspegi hori, bakarrik azter daitekeena erditzeak sortutako balizko na-  
hasmendu fisiko edo psikikotik abiatuta. Aitzitik, horren balorazioa eta ulerkera hertsiki lo-  
tuta dago abortuarekin, eta horren berrikuspena eta kritika ezin da abortua deskriminaliza-  
tzeko kasuak desregulatu edo zabaltzeko proposamenetik bereizi. Pia Casarinik horri buruz  
aipatzen du aztertutako infantizidio kasuek euren artean duten antza, portaerari dagokio-  
nez, kontzientzia mailan aldeak badaude ere. Antzekotasun hori batez ere erditze eta haur-  
dunaldiaren moduan nabari da, nola bizi izan diren, nola ezkutatu diren, nola gorde izan  
diren isilpean eta bakardadean. Baina diskurtsoaren muina, ene iduriko, umekiarekiko erla-  
zioan datza. Kasu guztietan agertzen den portaera amatasunaren ukapena ezezik horren  
iruntzia, horren kontrako aldea da. Haur jaio berria ez zaintzea, jaramonik ez egitea, ohi-  
ko amatasunaren ifrentzua da, haurra itotzearekin ama baten maitasunezko keinua, besar-  
kada kuttuna, heriotzako keinu bihurtzen den bezala (91).

Bi portaera horiek, halaber, desbideratze mota baten jarraipen dira, motibazioak antzeko-  
ak direlako, eta antzekoak, orobat, kontrol sozialera egokitze arazoak, zeinetan suma-

---

(90) PETERSEN, H., "Dalla Scandinavia un'interpretazione femminista postmoderna del diritto", *Democrazia e Diritto*, 2. zk., 1993, 145. or. eta hurr. Zuzenbidearen interpretazio feminista eta postmoderno baten ondorioak ebaluatu nahi direnean, emakumearen bizimoduaren azterketa nabarmentzen da eta Zuzenbidearen kontzeptu bateratuaren eta Emakumearen gaineko irizpide unibertsalaren porrota azpimarratzen da. Bada, emakume desberdinek, egoera desberdinetan bizi dituzten egoera juridiko desberdinak aztertu eta deskribatu nahi baldin bada ezin du balio zuzenbidearen kontzeptu bateratuak. Eskakizun horiek guztiak aplikatzeko errazagoak dira Estatuak (Zuzenbide penala, kasu) monopolizatzen ez dituen zuzenbidearen esparruetan, demagun Laneko Zuzenbidea, non deskribatzen ahal dira, Hanne Petersenek egiten duen bezala, emakumeak berak sortu eta ga-  
ratutako arau eta ereduak, egile horrek deitzen duen bezala, emakumeak nagusi direneko lantokietan eraikitako esparru sozial erdi-autonomoetan.

(91) CASARINI, M.P., "Tra criminalità e follia", op. cit., 141. or.

tzen baita testuinguru soziokultural bat, egiaztat jotzen dena, baina inoiz ere aztertzen ez dena: halako egoera batzuk, zeinetan emakumeek beren bizitzan paper zentral bat izateko errekonozimendu urria eta laguntza material parrala izaten baitute (92). Horrela, infantizidio kasuen kopurua jaisteak, gorago aipatu dugunak, bere ordaina izan zuen berehala abortuen kopurua etengabe gora egin zuelako. Hala ere, puntu batera iristen denean, lehen delituaren saldoan jada ez du batere eraginik abortuaren gorabeherak. Egiaztapen horrek, harrigarria bestalde, zerikusi handia du pobrezia-aren feminizazioarekin. Arazo honetaz Davis, J. eta Faith, K-k azpimarratzen dute eskuhartze burokratikoak nola isolatu dituen emakumeak, bere beharren arabera eta nola bultzatu duen berariazko pribilegioaren galera, generoaren kariaz. "Ama" eta "anderea" izatea XIX. mendean paper onuragarriak izan zitezkeen emakumeentzat, baina sorospen-Estatuaren burokrazia-ko kontrolpean ez dago horren antzeko tresnarik epitetorik gabeko emakume modernoarentzat. Horiek horrela, sorospen sozialera jotzea emakumeen dirusarrera urriagoarekin lotuta, eta ama ezkongabeen onarpen soziala mugatua izatea, gaur egun ere emakumeak familiarekiko daukan autonomia murrizten duten faktoreak dira eta aldi berean beren bizitzaren gainean erabakiak hartzeko aukerak ere mugatzen dizkie (93).

Dogmatikaren ikuspuntu tekniko batetik Sanz Moránek, lehenbiziko aldiz, agertarazi du abortu eugenesisikoaren eta eutanasia goiztarraren artean dagoen erlazioa, eta jokabide baten eta bestearen tratamendu legislatiboan balorazioa egiterakoan gertatzen den kontraste eskerga, infantizidioaren mota ezabatu denean.

Edozein modutan ere, infantizidioaren eta abortuaren arteko segida hori eten egiten da edo kontraesanak sortzen ditu bati eta besteari zuzenbidearen gerruntzea ezartzen zaienean. Abortuarentzat soluzio juridiko bat izan zitezkeen deskriminalizatzea, abortuaren gaineko erregulaziotik Kode Penal guztiak desagertaraztea, alegia, ulertzen delako abortuari buruzko edozein legek, legeztatzeke bada ere, emakumea, eta emakumea bakarrik, burujabetza gogorki mugatzen dion jurisdikzio baten menpean jartzen duelako. Abortua emakumearen gorputz sexuatuari lotzen zaio, horren abentualitatea atxikitzen zaio umeak izateko eta ugaltzeko ahalmena duen gorputz horri. Horregatik, abortua debekatzeak edo horretaz legeak ezartzeak esan nahi du askatasun indibidualaren kontzeptu batekin jardutea, zeinetan

---

(92) DAVIS, Nanette J. eta KARLENE FAITH, "Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación", in: LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid, 1994, 114-115 or.

(93) *Ibidem*, 116-7.

kontuan hartzen baita gizonezkoen gorputz sexuatua soilik, gorputz itxiak eta osoak, edukiak eta edukitzaileak, horietan bizi direnen jabetzapekoak, lokarririk eta harremanik gabekoak (94).

Infantizidioaz, ordea, aldi iraganekoa balitz bezala hitz egiten da, ertaroko arazoa bailitzan eta horren erregulazioa, are ilustraziotik etorri zen samurrena, errefusatu egiten da, arrazoi hauengatik: ama zital, infantizida edo abortatzen duen baten genero eta kategoriak errepikatzen duen aukera edo estrategia bezala hartzen delako, ama ezkongabea, alokatutako ama... (horixe baita hain justu diskurtso juridikoko emakumea feminismoak dese-raikitzen segitu behar duena), edo ilustrazioarekin zigorrak bigundu zirela egia izan arren, emakume gehiago amatasunaren sare saihestezinak irentsi zituelako, edo diferentzia-gutxiagotasunaren dilema errepikatzen duen politika bezala ikusten delako.

Baina, erresistentzia horri gaineratzen bazaizkio ere infantizidioaren mota pribilegiatuari egiten zaizkion kritikak, aurkezten duen emakumearen irudiagatik, edo erregulatzen diren mota penalak eratu diren moduagatik (95), diferentzia (gutxiagotasuna) eta berdintasun eza gehitzen dituelako aitzakian ezin da ilustrazioaren garaian samurtasunera egin den aldaketa gutxietsi edo ezkutatu, gaur egungo abolizio proposamenak dakarren zigor gogortzearen aurrean.

Onartzen bada ere infantizidio kasuei aurre egiteko izan daitezkeen bide juridikoak asmatzea zailagoa dela, printzipioz onargarria izan daiteke Ferrajoliren proposamena. Honen abiapuntua da berdintasunaren irizpidea arau bezala eta berdintasun eza egitate bezala hartzea. Jarrera hori "eskubideen" politikaren barnean inskribatzen da. Egile honek aitortzen du, emakumearen eta soilik emakumearen oinarritzko eskubideak ba ote dauden bere buruari galdetzen dionean, "amatasunaren arloan, emakumearena eta soilik emakumearena den eskubide bat dela autodeterminaziorako eskubidea eta, ondorioz, abortatzeko eskubidea. Eskubide hori funtsezkoa izateaz gainera emakumeari eta berari bakarrik dago, hainbat arrazoirengatik, lehenenbizikoa: hori dena bat eginik dago askatasun pertso-

---

(94) (Nire itzulpena), PICHT, T., "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista". *Democrazia e Diritto*, 1993, 2. zk., 37-38 orr. Ikus, halaber, BOCCIA, M.L., "Aborto, pensando l'esperanza", in: *Coordinamento nazionale donne per i consultori*, "Storie, menti e sentimenti di donne di fronte all'aborto", Roma, 1990; CAVARERO, A., "Sovrane", *Via Dogana*, 5. zk., 1992.

(95) LARRAURI, E., "Control formal... y el Derecho penal de las mujeres", in: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 101-102 orr.; DE LA CUESTA, P., "La protección penal de la mujer en la familia", in: *Páginas*, 13. zk., 46. or.

nalarekin lotuta, horrek esan nahi du emakumearen autodeterminazioa ez dagokiola ama izateko aukerari; bigarrena: horrek adierazten du, John Stuart Millek norberaren pentsamenduaren eta gorputzaren gaineko "burujabetasuna" deitzen zuena; hirugarrena: edozein erabaki heteronomok, emakumearen nahiarekin deus ikustekorik ez duten interesengatik justifikatutakoak, bigarren agindu kantiarra urratzen du, hau da, ezein pertsona ezin daitekeela ez baliabide gisa ez tresna gisa ere —sia pure di procazione— bereak ez diren helburuetarako erabili, baizik eta bere baitako helburu bezala bakarrik; laugarrena: edozein debeku penal ez bezala, abortuaren debekuak obligazio baten balioa du, hots ama izatera behartzen dute, haurdunaldiari eustera, erditzera, haurra zaintzera, Zuzenbide penalaren printzipio liberal guztiekin kontrajarriz. Ez da soilik funtsezko askatasun negatibo bat (ama ez izateko eta beraz abortatzeko askatasuna), baizik eta hertsapen eta menpekotza pertsonalen inmunitatea, funtsezko askatasun positiboaren osagarria dena: eskubidea, haurdun egoteko ahalmena, pertsonak mundura ekartzeko, ahalmen hori esan daiteke ahalmen eraikitzailea dela, aurre- edo meta-juridikoa, emakumezkoek soilik duten berezko ahalmena".

Eskubide horrentzat, bederen, diferentzia sexuala eskubide desberdin batean edo nahi bada eskubide sexuatu batean islatu beharko da. Haurdunaldia eta erditzea ez dira nortasun maskulinoaren ezaugarriak, femeninoarenak baizik" (96).

Hortik ondorio desberdin eta kontraesankorrak etorri dira, alde batetik proposatu da infanzidiorako mota berezi bat abolitzea edo ez erregulatzea, horrek berriro ere ilustrazioko garaiokoei egitate horretarako baloratutakoak baino zigor askoz ere gogorragoetara eramane gaitzakeelako (erailketa edo hilketarenak bezalakoetara), eta bestetik abortuaren erregulazio penala eskatu da, emakumearen funtsezko askatasun positiboak duen balioaren errekonozimendu gisa. Infanzidiodia, hau da, haur jaio berriari bere amak heriotza ematea bezala ulertuta, ezin daiteke inoiz ere gizon batek gauzatutako hilketa edo erailketa batekin aldera, bada, nahi izan ez den amatasunaren faktorea keinu kriminal horren eragilea da, tartean direlako desoreka pertsonalak, arrazoi sozialak, familiaren presio latza, aitaren abandonua edo utzikeria, e.a. Horiek guztiek markatzen dute ezin gaindituzko diferentzia bat, beste diferentziekin aldera ezin daitekeena. Mota penalaren abolizio hutsak, parekatze bat dakar berekin, desberdintasun bat inplikatzeko duena, diferentziekin ezikusiarrena egiten duen bitartean haiek asimilatzen dituen, berdintasunaren baieztapen abstraktoaren izenean.

---

(96) (neronek itzulita) FERRAJOLI, L., "La differenza sessuale e la garanzia dell'uguaglianza", in: *Democrazia e Diritto*, 1993, 2. zk. 62-65 orr.; ikus, halaber, *Diritto e Ragione, Teoria del garantismo penale*. 2. arg., Erroma, 1990, 460-482 orr.

---

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

Almeriako Unibertsitateko  
Zuzenbide penaleko  
katedraduna

*Emakumezkoen  
prostituzioa eta  
kontrola:  
harreman  
erstabaidagarria  
(1)*

---

(1) Prostituzioaren azterketara —fenomeno generiko gisa eta sexuen arteko bereizketa egin gabe— hurbiltzeko ahaleginak harrokeriazkoa dirudi, batik bat horrekin ikuspegi orokorra eskaini nahi bada, ez ikuspegi interesatu eta partidista bat. Prostituzioaren gañean sakondu nahi baldin badugu, azal samarretik bada ere, ezinbestean emakumearengana jo behar dugu. Ikus Roberta TATAFIORE, "Fare vuoto di norme intorno alla prostituzione", *Democrazia e Diritto*, XXXIII urtea, 2. zk. apirila-ekaina, 1993, 246. or. eta ondokoak bereziki.

## 1.

Mende honen hasieran Cesare Lombrosok kriminalitatearen ikuspegi biologikoaren adierazle gisa ospetsu egin den esaldi batean honakoa zioen: delitua gizonezkoena den bezala prostituzioa emakumeena da, prostitutek delikuentearen ezaugarri fisiko eta moral berberak baititu" (2). Egilearen garaikide ziren beste kriminologoek iritzia oso gutxi aldentzen zen, izan ere haien kezka nagusia delikuentziaren azterketari ikuspegi sozial bat eranstea baitzen: "Emakumea gizartean izaten diren kriminaltasunaren zifretan kopuru txikitik baina agertzen ez bada ere, prostituzioan, ordea, erakusten digu era zabalean, bere sexuaren degenerazio berezia da", zioen Enrico Ferrik (3).

Beste alde batetik, Nazioarteko Federazio Abolizionistak, zeina Josefina Butler-en eraginez 1875ean sortu baitzen, prostituzioa salatzen zuen emakumea explotatu eta degradatzeko bide bat bezala, emakumearen nortasunaren duintasun eta autonomiarekin bat etor ezin zitekeen bidea, alegia (4).

Emakumezkoen prostituzioaren fenomenoak ulertzeko funtsezko bi ikuspegi dira: prostituta desbideratutako emakumearen estereotipoa eta prostituta gizarte egitura sexista eta patriarkal baten ezaugarria den biktimizazioaren sinboloa den aldetik (5). Bi horiek, bestalde, bat

---

(2) *El delito: sus causas y sus remedios*, Bernaldo de Quirós-en itzulpena, Madril, Suárez, 1992. Orobat, zabal-kiro C. LOMBROSO/G. FERRERO-ren lana, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, 3. argitalpena, Turin, Bocca, 1915.

(3) *Sociología Criminal*. Soto-Hernández-en bertsio espainola, I, Madril, Góngora. Prostituzioari buruz zeinu positibistako ikuspegi kriminologiko honen bilakaera ikus daiteke Teresa MIRALLE-Sengan, "La mujer: el control informal", *El Pensamiento Criminológico II. Estado y Control*, Bartzelona, Península, 1983, 123. or. eta hurr. Baita ere Miguel CLEMENTEren "Elaboración de un modelo psicosocial explicativo de la delincuencia femenina", *Papers D'Estudis i Formació*, 5. zk., 1989, 67. or. eta hurr.; Marina GRAZIOSI, "Infirmas sexus. La donna nell'immaginario penalistico", *Democrazia e Diritto*, aipatu zk., 1993, 108. or. eta hurr.

(4) Ikus zabalkiro erreferentzia hori batzuen artean eginiko obra honetan, *La prostitución de las mujeres*, Fundación Solidaridad Democrática, Madril, Emakumearen Institutua, 1988, 212. or. eta hurr. Baita ere Luis GARRIDO GUZMÁN, *La Prostitución: Estudio Jurídico y Criminológico*, Madril, Edersa, 1992, 62. or. eta hurr.

(5) Planteamendu hau, era zabalagoan, René VAN SWAANINGEN-en lanean, "Feminismo, Criminología y Derecho penal: una relación controvertida", *Papers D'Estudis i Formació*, 5. zk., 1989, 85. or. eta hurr. Ikuspegi kritiko batetik, dikotomia horren adierazpen muturrekoenak gaitzat hartuta, Beverly BROWN, "Desviación femenina: perspectivas británicas en 1988", *Papers*, op. cit. zk. 15 eta 27. or. eta hurr.

---

datoz gure ingurune kultureko nazioetan prostituzioari buruz garai honetan errotuen dauden bi sistemekin: debekuzko sistemarekin, desbideraketa zigor edo segurtasun neurriekin mehatxatua eta kriminalizatua izatera iristen denerako, eta sistema abolizionista, prostituzioa errotik desagertarazi gogo duena errepresio ahalegin guztiak jarduera hori ahalbideratzen duten hirugarrenen kontra zuzenduz. Bata zein bestea batez ere mende honetan garatu dira, sistema erregelamentista zaharkitu eta arbuatuaren kontrako erantzun gisa, zeinak osasun eta moraltasun publikoa babestu nahian ez baitzuen besterik egin modu trake-tsean prostitutaren kontrol kaltegarria eta alferra bermatu baino. Ikus dezagun lehenbiziko ikuspegia.

“Desbideraketa” bere zentzurik orokorrean arau baten kontraesana adierazten duen kualitatea baldin bada eta “desbideratua” baldin bada arau horren kontra —dela arau moral, soziala edo, zehazkiago, juridiko-penala (6)— era negatiboan definitzen den portaera, argi dago kontzeptu horien barnean sar daitekeela prostituzioa ere. Arrazoi osoz baieztatu den bezala, prostituzioa “sozialki gaitzetsiak dauden portaeren artean sartzen da (porno-grafia, homosexualitatea edo drogak bezalako arazoekin batean), baina gaitzespen horrek ez du justifikatzeko beharrik sortzen ... gaitzesgarriak direla pertsona askorentzat begibistakoa bada ere” (7).

Beste alde batetik, desbideratze mota hau leporatzen bazaio prostituzioan ari den pertsonari —prostitutari, alegia— hura bera izango da, eskuarki, gizartearen erreakzioaren ondorio negatiboa pairatuko duena, zeinak, era formalago edo informalago batean, bere gaitzespena adieraziko baitu bazterketa eta estigmatizazioaren bidez.

Bada, prostituzioan aritzea erregulatu nahi duten sistema hauek guztiak, arautuz nahiz kriminalizatuz, gizartearen erreakzio horren adierazpen desberdinak baino ez dira. Dagoeneko erreakzio hori instituzionalizatua dago eta “ofizial” mailara iritsi da. Beraz, jorkabide desbideratu baten inguruan formalizatutako kontrol ereduak dira. Eta jakina, desbideraketa eta kontrola elkarren artean lotuta dauden errealitateak dira (8).

Eta ikuspegi horretatik aztertu behar dira, gutxienez, prostituzioaren aurreko jarrera horren sistema klasiko eta adierazgarrietako bi hauek: sistema erregelamentista eta debekuzko sistema. Zeren besteak, abolizionistak, alegia, prostituitzen denaren portaera desbideratua

(6) Ikus guztientzat, Massimo PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Muñagorri, Madril, Siglo XXI, 1983, 62. or. eta hurr.

(7) Ikus Emilio LAMO DE ESPINOSA / Julio CARABAÑA, “Vicios privados y virtudes públicas. Consideraciones sobre ética, marginación social y Derecho penal”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 53. zk., 1983ko martxoa, 4. or.

(8) Gai honi buruz ikus Ian TAYLOR, Paul WALTON eta Jock YOUNG-ek erreakzio sozialen teoria liberalek baren baitan daukaten gehiegizko determinismoaren aurka proposatzen duten ikuspegi interesgarria, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, 156. or. eta hurr. eta 284.a eta hurr.

dela zalantzan jartzen ez badu ere —"sexuaren komertzioa, sistema horren ordezkari modernoek diotenez, arau-hauste morala da" (9)— bere errepresio-mekanismoak prostituzioaren sostengu eta laguntzaile direnen kontra bideratzen baititu. Horregatik, aparte aztertuko da.

## 2.1

### SISTEMA ERREGELAMENTISTA

Sistema horretan isladatu diren printzipioak dira tolerantzia kontrolatua eta gizartetik hurruntzea. Prostituzioa hartzen da "beharrezko gaitza bailitzan, onartu eta arautu behar dena osasunaren eta ordena publikoaren onerako..." (10). Banantzearen eta kontrolatzearen ideiak funtsezkoak dira: kontrol "pertsonala" —identifikazio txartelak edo kartilak—, "tokiko" kontrola —itxiturak establezimendu jakin batzuetan (prostibuluak) edo toki batzuetan ("halako" auzoak)—, "osasun" kontrola —transmisio sexualeko eritasuneei aurrea hartzeko edo sendatzeko—, "poliziaren" kontrola...

Sistema hau historikoki zaharrenena omen da (11) eta bera izan zen Europan gehien erabili izan zena, mende honen hasiera arte, orduantxe baztertua izan baitzen Nazioarteko Federazio Abolizionistaren ideologia libertarioaren eta funtsean debekuzko jarrera zuten ekimen lokalisten eragin bortitzez. Indarra zuen hainbat naziotan (Suitza, Danimarka, Holanda, Britainia Handia, etab.) (12) desagertzeko berebiziko eragina izan zuten haren funtzionamenduaren ondorio kaltegarriek. Luis Jiménez de Asúak 1930ean zioenez, Erregelamentazioak ez du ezertarako balio higienearen ikuspegitik: a) prostituta soilik zelatzen da eta prostituitzailea aldiz ez da erregistroan sartzen ezta analizatzen ere, emakumea bezain gaitz-kutsatzailea edo gehiago izan arren. b) prostituitzen diren emakume

---

(9) Ikus *The Penn State Report*. Esplotazio sexualari, Bortizkeriari eta Prostituzioari buruzko Adituen Nazioarteko Bilkura. Pennsylvania, Unesco, 1992, "Prefacio (ii)". Roberta TATAFIORE-ren lan kritikoa: "Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione", 244 or. eta hurr.

(10) Horrela deskribatzen du Luis Jiménez de Asúak, José ANTÓN ONECArekin batera eginiko obran, *Derecho penal conforme al Código de 1928. Parte especial, II*, Madril, Reus, 1930, 229. or.

(11) Luis GARRIDO GUZMÁN, gai honen gaineko monografia egin duenarentzat hasiera historikoa Atenasen kokatzen da K. a. 640-550 urteetan, ziurrenik Solón-en garaian, hiriak eta ekonomia nazionala erregimen berriarekin antolatuzko. *La prostitución...* op. cit. 32. or. eta hurr.

(12) Ikus Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución...*, op. cit. 56. or. eta hurr. eta 62. or. eta hurr. Xehetasunez, baita ere, elkarrekin eginiko *La prostitución de las mujeres* aipatutako obran, 229. or. eta hurr.

gehienek, ulertzekoa denez, errekonozimenduaren laudoari itzuri egiten diote, eta orobat, aurretik eta ondotik izan ohi diren neurri polizial guztiei ere. c) Estatuak bere gain hartzen omen duen osasun ikuskaritzak gizonak okerbidean jartzen ditu, segurtasun faltsu bat emanez... Eta, honela segitzen du: moralaren alorrean ere abantailarik bat ere ez dago, horretan ematen baititu emaitzik makurrenak, nahitaez emakumezkoen salerosketa zabaltzera bideratzen duelako (13), eta gazteen zentzu morala gaiztotzen duelako, pentsarazten baitie Estatu bera dela gai horren antolatzailea eta behar publikoa balitz bezala onartzen duena... Azken finean, honela bukatzen du, esan daiteke moralista handiek, oro har, uste dutela prostituzio arautua emakumearen esklabutza mota bat dela, lehenbailehen desagertarazi beharrekoa... (14).

Proposamen hori praktikan jartzeko lehenbiziko saioa ez zen sobera berandutu gure nazioan. 1932. urtean eritasun benereoen kontrako borrokarako Proiektu batek bere lehenengo artikuluan indargabetzen zuen "Prostituzioaren erregelamentazioa Espainiako errepublikan". "Gobernuak —honela zioen bigarren artikuluan— ez du prostituzioa bizimodu bezala onartzen". Saio hori errealtate bihurtu zen 1935eko ekainaren 28ko Dekretua argitaratzean, baina gutxiegi iraun zuen, 1941eko martxoaren 27ko beste dekretu batek indargabetu baitzuen, eritasun benereoen kontrako borroka modu eraginkorrean berrantolatzeko

---

(13) Adituen Nazioarteko Bilkurak arlo hau jorratzen du bereziki Pennsylvaniako 1992ko txostenean (I. eranskina): "erregelamentazioak ...prostituten nazioarteko trafikoa eta komertzioa nabarmen sustatzen du, eta Josefina Butler buru dela Federazioari salatzearen merezimendua ematen dio, bai eta geroago, 1904an, Emakumezkoen salerosketa Zehatzeko Nazioarteko Akordioaren prestakuntza sustatzearena ere. *The Penn State Report*, aipatua, 13. or.

(14) José ANTÓN ONECArekin batera eginiko, *Derecho penal*, lanean, aip., 230. or. eta hurr. Sifiliari eta transmisio sexualeko beste gaitzei buruz ere ideia horiek darabiltza *El delito de contagio venéreo* liburuan, Madril, 1924, 42-45 orr. Urte batzuk lehenago, Concepción ARENAlek adierazi zuen, ez horrenbesteko xehe-tasunekin, antzeko zentzu kritikoa: "isilpeko eta araupeko prostituzioaz hitz egitean egintzei baino gehiago beste nazioetan erabiltzen den lengoaiari egokitzen natzaio; izan ere Espainian, emakume publikoen etxeak baimentzea eta moralaren kontrako erasoa errealtate bihurtu dira; abantaila higienikoa gezur hutsa; eta biziorako askatasuna, behar beste lizuna". "Emakumearen egoera Espainian" (1884), egilearen beste artikulua batzuekin batera *La emancipación de la mujer en España*-n argitaratua, Madril, Armiño, 1974, 47. or.

Gauza da testuan biltzen den balorazioa, orokorrean, inolako ezbaierik gabe onartua izan dela, lehenik eta behin lehen aipatutako Abolizioaren aldeko Nazioarteko Federazioan (ikus elkarren artean eginiko *La prostitución de las mujeres*, op. cit., 212 or. eta, ia mende bat geroago, 1986an, prostituzioaren arrazoi soziokulturalen eta proxenetismoaren eta emakumeen esplotazio sexualaren gaineko Adituen Nazioarteko Bileran. Ikus Kultura Ministerioa-Emakumearen Institutuaren argitalpena. Madril, 1988.

aitzakipean (15). Oraindik urte batzuk itxoin beharko ziren, beraz, gure nazioko legeriatik —eta orobat hurbileko nazioetatik (adibidez, Belgika 1948an, Italia 1958an)— sistema erregelamentista desagertzen ikusteko eta, gero ikusiko denez, ez zen nabarmen zeinu abolizionistaren aldekoa, ez behintzat Espainiaren kasuan. Zinez tentagarria zen unean uneko zentzabidezko korronteetan barrena joatea eta prostituzioa "ohitura onen kontrako portara antisozial" horien multzoan sartzea. Laster jarriko zitzaion egoera arriskutsuaren txartela. Garai hartako joera atzerakoiak eta giro moralistak gainerakoa osatuko zuten.

## 2.2

## DEBEKUZKO SISTEMA

Nazioartean filosofia abolizionista garatzen ari zen bitartean, batez ere "personen tratua eta besteren prostituzioaren esplotazioa zehatzeko" 1949an egin zen Nazio Batuen Hitzarmenean, beste nazio batzuk kriminalizazioaren bidea hautatu zuten, eta horien artean zeuden Britainia Handia edo Kanada, Hitzarmen haren kontrako botoa emanaz edo Estatu Batuak, abstenituz (16). Gure nazioa, testu horri atxiki zitzaion 1962ko ekainaren 18an, nahiz eta arrazoiak franko izan hala ez egiteko, izan ere orduz geroztik atxikipen bikoitza izango zuen. Alde batetik, abolizionistek eskatu bezala, proxeneta eta emazainen eta besteren prostituzioa sustatu, lagundu edo errazten duten guztien jokabidea erregulatu eta zigortzeko hitza ematen zen, eta egin ere halaxe egin zen, 1963ko erreformatik hasita trafiko sexual horretan edozein motatako parte hartzea zigortu baitzen, horretan zihardutenak adin txikikoak izan nahiz 23 urtetik gorakoak (452. bis a) artikulua, lehen 431,2 artikulua zena), azken kasu horiek erregulatzen zituen eskandalo publiko bezala, maila apaleko zigorrarekin. Gainera, ideologia abolizionista hura agerian azaldu zen urte batzuk lehenago. 1956ko martxoaren 3an, Lege Dekretu batek prostituzioa "trafiko ez-legezkoa" deklaratu zuen (1. art.) eta "lurralde nazional osoan prostituzio eta tolerantzi etxeak" debekatu zituen (2. art.), eta haren berriazko asmoa zen "emakumearen duintasuna eta gizartearen morala babestea".

(15) Ikus informazio hau in: Isaías SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3. ed., Madril, Reus, 1942, 254. or.

(16) Ikus *The Penn State Report* op. cit. I. Eranskina, 17. or. Gainera eta zabalkiro nazio horietako prostituzioaren erregulazio penalaren gainean, Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución...*, op. cit. 58. or. eta hurr. eta elkarrekin eginiko liburua, *La prostitución de las mujeres*, 210 eta 233. orr.

Beste aldetik, alabaina, urte haietan aldatu egin zen prostituzioan aritzeari buruzko tratamendu permisiboa, eta hasi ziren egoera arriskutsua bezala kontsideratzen, segurtasun neurria aplikatu zekioketena. Eta horrek esan nahi zuen kriminalizazioaren aldeko apostua egiten zela eta gure nazioa debekuzko zeinuen artean sartzen zela.

Halaxe izan zen. Baina, prostituta subjektu arriskutsu kontsideratzeko prozesua guztiz motela eta bihurra izango zen. Gizartearen defentsarako gure lehenengo legeak, ordainketa filosofian baino gehiago filosofia babestaile eta segurtasuneko batean oinarritzen zenak, hau da, 1933ko Alfer eta Gaizkileei buruzko Legeak prostituzioaren jardura ez zuen egoera arriskutsuetan sartzen (17). Sasoi hartan, prostituta bati ezar zekioketen “berrezierako neurri” bakarra, hogeita bost urtetik beherakoa baldin bazen, Emakumea Babesteko Patronatuaren eskuetan jartzea izaten zen. Entitate haren helburu aitortua zen “moralitatea zaintzea, emakume gazteen eta moralki kaltegarriak eta arriskutsuak diren inguruetan ibiltzen diren emakume guztien aldeko babes neurrien bidez” (18). Zenbait urte geroago, hura posible egin zezakeen legerik ez zegoenez, 1963ko apirilaren 3an Auzitegi Gorenaren Fiskaltzaren zirkular baten bidez prostitutaren aurrean esku hartzeko formula eratu zen segurtasun neurriak ezartzeko. Haren justifikazioa zen, bertan esaten zen bezala, “emakume publikoaren egoera marginala kontuan hartzea, bada, bide horretan deliturako joera izaten denez bizitza antisozial batera jotzen da, kulturaren balore iraunkorrak anulatzen eta balore ekonomikoak nagusitzen direlako, eta horrek lapurretara daramatza maiz” eta hautatutako bidea, “egoera arriskutsuan dagoela antzematea” 1935eko Alfer eta Gaizkileen Erregelamenduari 1, g) artikularekin bat eginez, zeinek bide ematen baitzuen bere babespean (!) sartzeko “beren eguneroko bizitzan, jardura ez-moraletan diharduten pertsonak legean xedatutakoaren pareko arriskugarritasun egoeran dihardutela agertzen denean” (prostitutekin batera multzo horretan sartuko lirateke karta botatzaileak, inbertituak, lesbiana eta are prostibuluetan eta lizunkeriazko lekuetan ibili ohi diren pertsonak ere) (19).

---

(17) Seguru aski haren egile nagusiak, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, bere burua agerian abolizionista bezala azaltzen zuelako: “borroka prostituzioaren kontra zuzendu behar da eta inola ere ez prostitutaren kontra”, “neurri penal gisa... emakumezkoen salerosketa, proxenetismoa eta errufianismoa zehatzearen alde nago”, zioen. *Derecho penal*, op. cit. 233. or.

(18) Ikus 1952ko abenduaren 20ko Legearen 1. eta 3. artikulak. Patronatu haren sorrera, bilakaera eta eginkizunei buruzko erreferentzia zabalago baterako ikus *La prostitución de las mujeres* op. cit. lan kolektiboa, 215-218 orr.

(19) Ikus Enrique BELTRÁN BALLESTER, “Los comportamientos sexuales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970” in: *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, Valentziako Unibertsitatea, 1974, 29. or. eta hurr.

Azkenik, Arriskugarritasun eta Bergizarteratzeari buruzko 1970ko abuztuaren 4ko Legeak espreski aldarrikatzen zuen bere 2. artikuluko 4. puntuan "prostituzioan ari diren emakumeen egoera arriskutsua, jarduera hori beren ogibide nagusi bihurtzen dutenean". Ordurako harrigarria izan zen Lege batek hain generikoak diren jokabideak kriminalizatzea, esaterako prostituzioa, baina emakumeak soilik aipatuz. Lege hori 1974an aldatu zuen Batzordearen Txostenean salatzen zen eremu horretatik era injustoan berezi zela "gizonen, batez ere gazteen negozio hori, emakumeak (zaharrak gazteak baino maizago) konkistatzen ari direnak edo hauengandik konkistatuak izaten direnak, gero aste batzuetarako plazerra saltzeko udaldi erosoetan, negozio horietatik irabazi handiak ateratzen dituztelarik" (!) eta legearen artikulatua aldatu zuen eta horrela emakumeak eta gizonak bereizketarik gabe sartzeko ziren (20). Hortik atera zen testuak — azken idazketan prostituzioan aritzen ohi zirenez gainera, prostituzioaren sustatzaileak, laguntzaileak, eta prostituzio jarduerak ahalbideratzen zituzten lokaletako edo establezimenduetako jabe edo arduradunak ere sartzeko baitziren— 1978ko abenduaren 26ko Lege haren erreformaren gaineratik iraun zuen, zeinek bere "arriskutsu sozialen zerrendatik" gaiztagin eta proxenetak bakarrik kendu baitzituen, seguraski haiei aurrea hartzeko eta zehatzeko askitzaletan jotzen zituelako orduan indarrean zegoen Kode Penalaren aurreikuspenak. Horrek ez gaitu harritu behar, pentsatzen baldin bada hasieran Arriskugarritasun eta Bergizarteratzeari buruzko Lege honen asmoa deliturik gabeko portaera arriskutsuak erregulatzea besterik ez zela, hau da, "delituaurreko" izaeradunak eta Hitzaurrean esaten zen bezala, haien arriskugarritasuna arau-hauste penal bat egiteagatik agertu ez dutenak soilik (21).

Urte batzuk geroago, desagertu egin zen prostituzioaren jarduera ondorio penala izan zezakeen "jokabide arriskutsutza" hartzea. Eta hori ez zen gertatu, espero zitekeenez, legearen eraldaketaren bidez, denbora gehiegi beharko zelako horretarako, baizik eta konstituzioaren kontrakoa zela deklaratu zelako, legalitatearen printzipioaren kontrakoa. Hura

---

(20) Halaber, kritikatu egin zen prostituzioaz bizibide bat egitearen aipua: "funtsezkoena, morala asaldatzen duena, zioen testua eraldatu zuen Txostenak, ohituraz aritzea da". Bestalde, harrizkoa da lege horietan berezierako neurriak bereiztu izana, horiek emakumeei zegozkienean: ez zen aurreikusten ez isunik ez lan establezimenduetan internatzerik ere, gizonekin egiten zen bezala, alderantziz baino, berezierako establezimenduetan internatzea eta establezimendu publikoetara joatea debekatzea. Horretaz guztietaz ikus zabalkiro, Enrique BELTRÁN BALLESTER, "Los comportamientos sexuales...", op. cit., 30 or. eta hurr.

(21) "Legea ez da bere izaeratik atera behar beste Kode Penal bat bihurtuz... horregatik delitutik heldu den arriskugarritasun oro kanpoan geldituko da", BELTRÁN BALLESTER, "Los comportamientos sexuales...", op. cit., 22-23 orr.

zehatzeko delitua edo huts egitea izan zedin eskatzen zen, eta noski ez baitzen ez bata eta ez bestea. Konstituzio Auzitegiak 1985eko azaroaren 27an eman zuen epaia, ondoren eman ziren zentzu bereko (22) beste epai batzuekin batera, eta argi eta garbi agertu zen aurredelituzkoak diren portaerei segurtasun neurriak aplikatzearen aurka: ez da bidezko beste inolako kondenarik —eta segurtasun neurria horixe dela dio Konstituzio Auzitegiak, legez kontrako egintza penal bat burutzeagatik errudun deklaratu denaren gainean ezartzen den kondena ez bada—. Azkenik, 1995eko azaroaren 23an egin berri den erreforma penalak, behin betikoz bukatutzat eman zuen araudi kaltegarri haren indarraldia. Kode berriko c) Xedapen Indargabetzaileak indar gabe uzten du 1970eko Arriskugarritasun eta Bergizarteratzeari buruzko Legea eta haren “arriskutsu sozialen” zerrendak, zeinetan agertzen baitziren prostituzioko arizaleak.

Badira, hala ere, jardunbide horren kriminalizazioa indarrean mantentzen duten beste ordenamendu juridiko batzuk, jeneralean, askatasuna kentzen dutenak zigorren bitartez (Estatu Iparramerikar gehienak, esate baterako) edo diru zigorren bidez (Britainia Handia a.b.) (23).

Hala eta guztiz ere jada inork ez du zalantzarik debekuzko sistema horrek ondorio txarrenak dakartzala. Eta ez bakarrik balore moralen defentsaz ezinbestean egiten duen aipamenegatik, zeinen babes penala zalantzan jarri beharko baitzen (24), ez eta ongi frogatutako eraginkortasun ezagatik (25), baizik eta, bat ere zuzena ez delako prostituta biktimizazio prozesu larri baten menpe jartzen duenetik.

Eta gauza da, edozein debekuzko politikaren menpean gertatzen denaren antzo, prostituzioari jazarritz gero klandestinitate gune zabalak sortzen dira eta horietan prostituitzen denaren egoera berez ahula bazen ahulago bihurtzen da, beste edozein sistematan baino

---

(22) Adb. 1986ko otsailaren 14ko Konstituzio Auzitegiaren epaia edo 1987ko otsailaren 19koa. Tomás S. VIVES ANTÓN, “Constitución y medidas de seguridad”, *Revista del Poder Judicial*, 3. zk, 91. or. eta hurr.

(23) Prostituzioaren erregulazioari buruz eta, partikularki, horren jarduna nazio horietan eta beste batzuetan, ikus bedi *La prostitución de las mujeres* op. cit. lan kolektiboa, 229. or. eta hurr. eta Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución...*, op. cit., 58. or. eta hurr.

(24) Ikus Emilio LAMO DE ESPINOSA / Julio CARABAÑA. Horien argudioetara geroago itzuliko gara. “Vicios privados y virtudes públicas...”, op. cit., 7. or. eta hurr.

(25) Nahiz eta kostu pertsonal eta ekonomikoak handiak izan. Ikus era zabalagoan Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH, “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, in: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*. Elena LARRAURIk prest., Madril, Siglo XXI de España, 1994, 123-130 orr.

gehiago geratzen delako babesle interesatuen —makarroi eta bitartekari— eta horien esplotazioan interes beretsua dutenen menpean —adb. poliziak— (26). Egoera hori sustengatzen duten abusuari eta ustelkeriari eransten zaie prostitutaren babesgabezia, beste arauhauste larrien aurrean biktima egoki bihurtzen duena. Aipatzen ari naiz laneko arriskutzat hartu izan direnak: eraso fisikoak bezero eta txuloen aldetik, bortxaketa, behartutako lizunkeriak, ez pagatzea, lapurretak, kontratuetan erabakitakoa bezeroak ez betetzea, irabaziak bidegabeki banatu beharra txuloarekin... (27), eta makurrena da horiek salatzea ia ezinezkoa dela prostituta “delikuentea” eta “arriskutsu soziala” delako. Horrezaz gainera, pertsona desbideratua, prostituzioaren azpikulturakoa, izateari ezartzen zaion estigmatizazioak eta bazterketa sozialak bidea irekitzen dio gutxienez bestea bezain biktimizanteak diren azpikulturetan sartzeko, hala nola drogen munduan, eta horrekin maiz aski gaitzespen

---

(26) Emilio LAMO DE ESPINOSA eta Julio CARABAÑAK dioten bezala: “Estatuak moral publikoaren kontrolean duen eskuhartzearen oinarritzko eragina izaten da pribatua dena ezkutuko bihurtzea”, ikus horien artikulua, “Vicios privados y virtudes públicas”, op. cit., 17. or. Klandestinitate horren eragin negatibo horri eta beste batzuei buruz, ikus Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución...*, op. cit., 58. or.

(27) Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH-ek ziotenez, “Delitu mota horiek arras gutxitan salatzen dira, biktimek jasan behar izaten duten autoinkulpazio prozesuagatik eta poliziaren axolagabekeriagatik”. Beste arrazoi bat da “kasu ugaritan hilketaren biktima izaten direla, daukaten mugikortasun handiagatik, gizon ezezagunekin harremanak izan beharragatik eta lotura sozial egonkorrik ez izateagatik...”, in: “Las mujeres y el Estado” op. cit., 129. or. Azken datu honi, prostituzioan jarduteak —are gehiago debekatua baldin badago— bizitzarentzat dakartzan arriskuen gainekoari, egile hauek eransten dizkiote, eta arrazoi osoz, gertakariak argitzeko eta errudunak zigortzeko dauden zailtasunak, batez ere, prostituzioa kokatzen deneko azpikulturaren barruan izan ohi diren interesen sare konplexuaren eraginez. Horren adierazgarri izan daitezke Almerian azken urteotan izandako zazpi hilketak, orain arte argitu ez direnak, ezaugarri berdintsuak dituzten arren. Ikus bitez behin eta berriz “La Voz de Almería” egunkarian agertutako zutabeak duela urte bete baino gutxiago, hilketa horietako azkena izan zenean (1996ko apirilaren 10, 11 eta 18an; irailaren 4, 5 eta 10ean eta urriaren 11n), Elisa BENI UZABAL eta A. JIMÉNEZ-en azalpenekin.

Ikus bitez, halaber, Rosemary BARBERET-ek biktimizazioari buruz ematen dituen datu interesgarriak *Boletín Criminológico* aldizkariko 19. zk.an (1996ko apirila) Kriminologiako Unibertsitatearteko Andaluziar Institutuak argitaratua (Malagako Saila), izenburu honekin: “Victimación de prostitutas en Sevilla y Málaga”. Beste lan zabalago bat, egile berarena eta oraindik argitaratu ez dena, baina haren baimenarekin kontsulta daitekeena, arazoaren ikuspegi osoagoa eta orokorragoa eskaintzen du. Izenburua da: “Victimación y prostitución. Informe de resultados”.

sozialeko erreakzioak sortzen dira. Erreakzio horiek askotan kaleko eta toki publikoetako segurtasun ezaren kontrako borrokarako hiritarren ekimen kezkarri bilakatzen dira (28). Hori nahikoa ez balitz, gainera, arau-hauste horien kontrako jazarpen esparruan dagoen diskriminazioa ere ukazina da. Arlo horretan Estatu Batuetako estatistikak eskaintzen dizkigun datuen arabera "atxilotu gehienak 'kalean diharduten' behe mailako emakumeak izaten dira (% 85etik 90ra)... eta % 40 inguru emakume beltzak, (eta) talde hori atxilotzen dituztenen % 55, eta kondenatuen % 85. Azterlana egiteko abiapuntutzat hartu zen kopurua 89.000 atxilotu izan zen". Alderantziz, "beste motatako prostituzioa, aisialdiko, feria eta kongresuetako hiri industriarekin hertsiki lotua dagoena, libre aurkitzen da era guztietako atxilotze edo zigorretatik, sarritan tokiko poliziaren konplizitatea izaten duelako, eta egiaz legeztatua egoten delako masaje aretoetan, laguntza zerbitzuetan eta beste negozio batzuetan, zeinak lizentzien ardua duten hirugarren batzuk kudeatzen baitituzte. Prostituta horien bezeroak gehienetan klase ertaineko gizonak izan ohi dira, negozio konbentzionaletan ari direnak..." (29).

Arrazoi horiek guztiek erakusten digute zergatik aldatu diren abolizionismora gure ingurune sozio-kulturaleko antolamendu juridiko gehienek.

---

(28) Horrek argitzen du Andaluziako zenbait hiritan (Huelva, Malaga, Almeria...) burutu berri den hiritarren kanpaina, udalaren laguntzarekin prostitutak aldirietara derrigorrez urruntzeko, zegoen alarma soziala eta auzotarrek susmatzen zuten segurtasun eza saihestearren. Kanpaina hura, eguneroko prentsan arrunt esplizituki isladatu zen eta bestalde, maila ofizialetan batere lotsarik gabe justifikatzen zen, ikus, bestela, Malagako Toki Poliziaren Segurtasun Zerbitzuen Arloak hiri horretan 1997ko urriaren 10-11n eginiko *Prostituzioa: bortizkeria eta bazterketa* Jardunaldietan aurkeztutako txostena: "Segurtasuna eta prostituzioa".

Azpikultura horien esanahiaz, eta horiei aurre egiteko, moral publikoa aitzaki, "moralaren enpresari" horien erreakzio sozialez, eta orobat prostituten ingurunearen aurkako intolerantziak, baliozkoa da Emilio LAMO DE ESPINOSA eta Julio CARABAÑAK beren "Vicios privados y virtudes públicas" aipatutako obran egiten duten azterketa kontsultatzea, 15. or. eta hurr. eta 19. or.

(29) Davis eta Anderson (1983), Alexander (1980) eta Bressler eta Leonard-en (1978) azterlanetan oinarrituta, ikus Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH-en "Las mujeres y el Estado"..., op. cit. 128. or.

## *Prostituzioa eta biktimizazioa: legeko abolizionismoaren ikuspegia*

Erregelamentistek bere egin zuten “moralista eta borondate onekoen” diskurtsoa, hots, prostituzioa “beharrezko gaitza” zela eta erregulatu eta kontrolatzea aski zela zioena, baina horren aurrean abolizionistek “aurrerazaleen” diskurtsoaz jabetu ziren eta, “gaitza” zen hala ez eztabaidatu gabe, hura eliminatzeko erabakia hartu zuten. Horrela azaltzen ditu Roberta Tatafiore-k prostituzioaren inguruko bi eredu kultural adierazgarrienak (30).

Azken hau, abolizionismoa, alegia, Ingalaterran Nazioarteko Federazio Abolizionistaren eskutik joan den mendeko azken aldera sortua, ederki asko nabarmendu zen 1949ko abenduaren 2an egin zen Nazio Batuen Hitzarmenean. Ideario klasikoenak dio sistema hau pertsonaren autonomia aitortzetik abiatzen dela eta, horregatik, prostituzioan jarduteari zigorra jartzea arbuiatzen du —prostituzio pertsonala eta pribatua norberaren kontzientziari dagokio eta ez da inoiz delitu izango—, eta zehapenak besteren prostituzioa ustiatzen edo birtartekotzan dihardutenei bakarrik jarriko zaizkie, Estatuaren eskuhartzea, ohituren alorrean, proxenetismo gaietara mugatu behar da, eta hori froga daitezkeen delituetan, nagusikeriatan erori gabe...” (31).

Federazioak 1875. urte aldera adierazi zituen printzipio horiek, gero Hitzarmenaren bidez garatu ziren eta Estatu gehienek antolamendu juridikoek bereganatu zituzten. Beste pertsona baten prostituzioa, haren baimenarekin edo gabe, “sustatu”, “bultzatu”, “hitzartu”, “finantziatu”, “mantendu” edo “esplotatzea” bezalako jokabideak, publikoarentzat irekita dauden edo ez dauden lokaletan eta establezimenduetan, eta are, prostituitu egin den pertsonaren “bizkarretik” bizitzea, tradizioz delitutzat hartu izan dira, beraz, zigortzekoak (32).

(30) “Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione” op. cit., 248. or.

(31) Ikus lehen aipatutako lan kolektiboa *La prostitución de las mujeres*, 212-214 orr.; bai eta *La prostitución...*, Luis GARRIDO GUZMÁN, 63-64 orr.

(32) 1995eko erreforma aurretiko erregulazio espainiarra 452 bis a) art. eta hurr., eta beste nazioetakoak (Alemania, Belgika, Italia, Frantzia, Suitza...) azterlan batean konparatzeko, ikus *La prostitución de las mujeres*, op. cit. 222-246 orr.

Zehapen irizpide horiek sortarazten duten galderarik interesgarrienak badu zerikusia intereseko objektu unitario bat —tutoretzapeko ondasun juridiko bat— identifikatzeko eginbeharrarekin beharrezkoa denean Estatuaren eskuhartzea justifikatzeko bide izango dena. Edo, errazago esateko, asmoa da jokabide horiek zigorgarri zerk egiten duen bilatzea eta aurkitzea.

Nazio gehienetan, gurean ere bai, eskuhartze penala esplikatzen nahi izan da moralitate publikoa —kolektibitate edo gizarte baten moral sexuala ere deitzen dena— defendatzearen ikuspuntutik, gero bere babesean sexualitate jarduera endekatu horien zigorra ere sartzeko, zeinek berekin baitakartzate prostituzioa bezalako jardueren sustapen edo esplotazio komertziala (33). Dena den ez dirudi erantzun hori aski denik zigorraren legeztatzearen arazoa agortzeko, ez behintzat, prostituzioaren bidea hartzen duenak jokabide horiek onartu eta are erreklamatzeko dituenen.

Aipatzen ari garen portaerak, gizarteak galaraziko ditu agian, baina helduen arteko borondatezko itunak dira, non, printzipioz ez baitzaio inori kalterik egiten, hau da, ez da ukitzen ezein ondasun pertsonalik ez identifikagarririk. Beraz, biktimarik gabeko delitu klasikoetako bat da, zeinentzat, gehienez ere, justifikazioa arki baitaiteke ondasun indibidualz gaineko tutoretzan, arestian aipatu dugun "mortalasun publikoarena" bezalakoan. Eta galdera da "ea zilegi den Estatuak Zuzenbide penala erabiltzea moral publiko bat inposatzeko edo, garrantzizkoagoa dena, indarrez inposatutako jokabide bat morala dela esan daitekeen" (34). Eta erantzunak, uste dut ezinbestean negatiboagoa izan behar duela, aurrerago frogatuko den bezala.

Egoera desberdina planteatzen da ondasunen eta zerbitzuen elkar trukea, indarkeria edo iruzurra medio, borondatezkoa ez denean, edo egileak helduak ez baina adin txikikoak direnean, horrelakoetan balegoke alde batetik babestu beharreko biktima bat —bere borondatearen aurka edo juridikoki borondate nabaririk gabe prostituzioan sartzen dena edo

---

(33) Ikus Francisco MUÑOZ CONDEk 1989ko erreforma partzaila egin aitzin gure Kode Penaleko IX. Tituluaren izenburua zuen "Onestasunaren kontrako delituak" atalaz egin zuen iruzkina, in: *Derecho penal. Parte especial*, 7. arg. Valentzia, Tirant lo Blanch, 1988, 362. or.

(34) Planteamendu hau, bere lerro funtsezkoenetan laburbildua, ikus daiteke garatuta Emilio LAMO DE ESPINOSA eta Julio CARABAÑAREN azterketa interesgarrian "Vicios privados y virtudes públicas", 6. or. eta hurr. Baita ere Teresa MIRALLES, "La mujer: el control formal". *El pensamiento criminológico, II. Estado y control*, Bartzelona, Península Arg., 1983, 152. or.

hartan irauten duena—, eta bestaldetik interes bat —ez moralitate pribatu edo publikoa baikizik eta norberaren sexualitatearen erabilpenari buruz erabakia hartzeko askatasuna edo bestela, bere sexualitateaz baliatzeko oraindik gai ez denaren kaltegabetasuna (35) babestearen aldekoa, horiek guztiak larriki kaltetuak suertatuko zirelarik portaera horien ondorioz.

Ez da erraza, beraz, mugimendu abolizionista “berri” horrek monopolizatzen dituen balorearen beste posizioak ulertzea, zeinetan ukatzen baita prostituzio borondatezkoaren eta behartuaren arteko bereizketa, eta hori emakumeen interesen aldeko borrokarekin identifikazio ikurra guzietan erakutsi nahiko balie bezala.

Honekin aipatu nahi dut egungo feminismoaren sektore baten jarrera, diskurtso abolizionista erradikal bat zabaldu eta hedatu nahian buru belarri dabilena, baina ez komentimendu indartsuko argudioekin. Beste elkarte batzuek ere jarrera horri (36) eusten diote, baina iniziatiba bere egin duena Esplotazio sexualari, Bortizkeriari eta Prostituzioari buruzko Adituen Taldea da Nazioarteko bi Bileratan: Madrilgoan, 1986ko martxoan eta Pennsylvaniakoan, 1991ko apirilean. Horren idearioa hitz hauetan laburbil daiteke: “prostituzio behartuaren eta borondatezkoaren arteko bereizketa... burgesiaren ideologia patriarkalaren emaitza da, zeinak, gizabanakoen askatasuna ahotan duela, prostituzioa debekatzeari uko egiten baitio...”. “Prostituzioa guretzat elkar truke bat da eta bertan emakumearen gorputza merkantzia bat bailitzan erabiltzen da eta emakumea objektu baten kategoriara eraisten da. Bezeroak erosten duen “sexuak”, merkataritzako salmentak, alegia, indarka nahasten du emakumearen nortasuna eta bere balioaren zentzua desegiten du bere baitan. Ondorioz, baieztatzen dugu praktika hori emakumeen duintasunerako atentatu bat eta mota bateko bortizkeria sexuala dela” (37). Eta, pittin bat aurrera eginez, 1991eko on-

---

(35) Kaltegabetasun kontzeptu hau, bidera daiteke, halaber, pertsona horiek, juridikoki beren sexualitateaz erabakia hartzeko eskubidea aitortua ez dutenek, izan dezaketean askatasun sexualaren aldera (adin txikikoak, etab.). Horretaz, ikus José Luis Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bartzelona, Bosch, 1985, 15. or. eta hurr.

(36) Horrela, adibidez, Prostituzioa Desagertarazteko Federazio Europarra (FEDIP), jarduera horri aurrea hartzeko ahaleginetan ari dena politika sozial orokorraren esparruan Europako Komunitateak suspertuta eta pertsonen esplotazioa eta bazterkeria dakartzan orenen kontra. Federazio hori bere aldetik Belgika, Portugal, Espainia, Irlanda eta Frantziako elkarteek osatzen dute, egoitza azken horretan dagoelarik.

(37) Laburbilduz, horiek dira Madrilan egin zen Adituen Bilkuran iritsi ziren konklusiorik garrantzitsuenak. Ikus talde-lan hau, *Causas de la prostitución y estrategias contra el proxenetismo*, Kultura Ministerioa, Emakumearen Institutua, Madril, 1988, 12. or. eta hurr.

dorioetan zera esaten da, emakumeen prostituzio bidezko esplotazio honek prostituzioaren barruan nahiz kanpoan dauden emakumeak kaltetzen ditu... eta legitimatzen da prostituta-  
ren edo edozein emakumeren gorputz salmenta eta prestazio sexuala. Emakumeak erosi,  
saldu, menderatu, trukatu edo eskura daitezkeen ondasun bihurtzen direlarik, prostituzioak  
orokorrean emakume guztiei afektatzen die eta emakumea objektu bat izatearen ideia in-  
darra hartzen ari da, eta bere giza izaera beheratzearekin batera mundu osoan emakume-  
aren izaeraren gutxiagotasuna sendotuz doa" (38).

Halako diskurtso baten ondorioak ustekabeak izan daitezke, prostituzioan barrena doan  
emakumea zigortzera iristerainokoak, bere generoaren degradazioan eta, sexua dela-eta,  
berak ere nozitzen duen diskriminazioa finkatzen edo areagotzen laguntzen duelako. Hala  
ere, diskurtsoaren asmoak ez doaz hain urrun eta bezeroaren kriminalizazioa proposatze-  
arekin etsitzen du. Prostituta aske geldituko litzateke bere emakumearen izaeraren kontrako  
atentatu horren biktima —sinbolikoa— den aldetik edo, bestela esateko, gizarte nagusiki se-  
xista eta patriarkal honen egituren azpian jasaten duen biktimizazioaren sinbolo gisa.  
"Prostituzioa botere maskulinoaren adierazpen partikular bat da..., gizonak bere mesede-  
tan bakarrik burutzen duen esplotazio sexuala" (39).

Berriro ere arazoa kriminalizazio handiagoaren eskaria eta proposamen horren oinarri di-  
ren argudioen legitimitatea justifikatzean datza. Atzera ere moral soziala aipatzen ote da  
eskuhartze penal handiagoaren beharra frogatzeko? Eta, horrela balitz, zeren izenean erre-  
bindikatzen ahal da moral horren enpresari mailara iristeko eskubidea? Zeren gauza ez  
baita bakarrik "prostituzio librea ez da existitzen" baieztatzea, baizik eta onartuko balitz

---

(38) Haren proposamenetako bat da 1949koa ordezkaturiko zukeen beste Hitzarmen baterako. Ikus xehetasun gehiagorekin Pennsylvanian eginiko Adituen Bilkuraren "azken txostena", in: *The Penn State Report*, op. cit. 7-8 orr., batez ere.

(39) Ikus Pennsylvaniako Unibertsitateko txostenaren "Hitzaurrea" (ii) , *The Penn State Report*, op. cit. (1991). Planteamendu hori aipatzen dute onartzera iristen ez badira ere, Tamar PITCH, in: "Femmes dans le Droit, femmes hors du Droit? Justice sexuée, Droit sexuée, Déviance et Société, XVI. liburukia, 3. zk. "emakumeak eta zuzenbide penal" gai duelarik, 275. or.; eta Elena LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madril, UNED, 1992, 2. zk., 295 orr.; eta in: "Control formal:... y el Derecho penal de las mujeres", in: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 97-98 orr.

Beste proposamen feminista batzuk, jarrera biktimista horiek hartu ordez, gizartean aldaketa zabalagoak eta es-  
trukturalagoak egitearen alde daude, Ikus C. PARENT, "Au delà du silence: les productions féministes sur la 'cri-  
minalité' et la criminalisation des femmes", *Déviance et Société*, 1992, 16. liburukia, 3. zk. 304. or. eta hurr.;  
eta René VAN SWAANINGEN, "Feminismo, Criminología y Derecho penal...", op. cit., 91. or. eta hurr.

prostituzioa ekintza askatasun osoko testuinguruan gertatzen dela eta zentzu ekonomikoan eta existentzian hautapen libre baten adierazpena dela, orduan ere ez litzateke "onargaria" izango, izan ere "onartezina da sexu harremana transakzio baten xede izatea... Gizakiarentzat funtsezkoa den eginkizuna, sexualitatea, saldu, alokatu edo besterendu al daiteke?... mugagabeko joko horrek arau-hauste moralera eramaten du eta mehatxu bat da giza espeziarentzat" (40).

Gero, alde batetik, prostitutari ukatzen zaio bere sexualitatearen erabilpenaz erabakia hartzeko aukera eta, alde horretatik, aukera egiteko jartzen zaion muga badirudi bere desbideratzearen zentzua ulertzeko ezgaitasunean oinarritzen dela —jarrera horrek bide eman lezake haren biktima egoera errazago justifikatzeko— (41); baina, beste alde batetik, haren askatasunaren balizko aitortzearen hipotesia planteatuta, debekatu gabe, baina ez zaio uzten bere jardueran aritzeko legitimitatea, gizakiaren —eta emakumearen—, beraz, bere generoaren babes eta haren duintasuna defendatzeko aitzakiarekin. Prostituzioa esplotazio sexual mota bat bezala definitzean, baieztatzen da "emakumearen identitatearen integritateari eraso egiten zaiola eta emakumeek beren buruaz duten estima hondatzen duela... (42).

Planteamendu honekin ez dago bat etortzerik. Lehenik eta behin, legitimitatea aitortzen zaielako nire iritziz mota jakin bateko moral baten zentsuratzailerik direnei. Eta gauza da, jakina denez: "tresna moralak ordena zaintzeko balio dute, beraz, besteak menperatzeko tresnak dira. Moral mota bat ezartzen duena boterea erabiltzen hasia da" (43). Ekimen hau are arriskugarriago da baldin eta portaeraren jarraibide horien indarrezko ezarpena eraginkorragoa izan dadin Estatuaren eskuhartzea eskatzen bada —Estatuarena, hain justu— eta horren zehapen aparatu nagusiarena —Zuzenbide penala—. Eta ez da

(40) Ikus Pennsylvaniako Unibertsitateko txostenaren "Hitzaurrea" (ii) , *The Penn State Report*, op. cit. (1991).

(41) Ohartarazten du emakume batzuek kriminalizatzeko eskari iraunkor horrek daramatzan arriskuez eta, horrekin batera, Estatuaren aldetik dagoen babes handiagorako joera, zeinen ondorioa izango litzatekeen emakumea gutxiagotasun egoeran jartzea, "zaugarri" diren beste gizaki batzuekin batera hala nola adin txikikoekin eta ezinduekin, Fr. DIGNEFFE, "La reconnaissance de droits spécifiques aux femmes: une question de justice ou de responsabilité?", *Déviance et Société*, 1992, op. cit. 290. or.

(42) Ikus Pennsylvaniako bileraren "Azken txostena", 1991, op. cit. 7. or. "Moral moderno" berria da, Roberta TATAFIORE-k definitzen duen bezala, "Fare vuoto di norma...", 247. or.

(43) Mitscherlich-en hitzetan esateko. Ikus Emilio LAMO DE ESPINOSA eta Julio CARABAÑA, "Vicios privados y virtudes públicas", op. cit. 19. or.

aski proposamen abolizionista horren azpian “prostituzioa delitua ez dela” esatea, bada, begibistan baitago prostituzioaren ingurune osoari bide penaletik jazartzen bazaio, “prostituitzen dena... zeharka bada ere kontrolatu egiten dela” (44). Inork zalantzan jarriko ote luke “bezeroak” zigortzeko ekimenarekin batean ez litzatekeela prostituzioa bera ebaska bezala zigortuko?

Baina bada beste arrazoi bat ere. “Neofeminista” izena eman dioten beste iritzi-talde batekin bat etorritz, uste dut “inmoralia izateko eskubidea” (45) onartu behar dela, sexualitateaz era librean baliatzeko moduak inmoraltzat jo behar badira, hala nola prostituzioa “lanbide” bihurtzea, besteen artean, aukera hori egiten duenari bere lan indarrak baliatzeko bidea ematen zaiolarik aukera ekonomiko libre bat izateko eta bere eskubideak defendatzeko “bere lanbidearen jardunean” (46). Hautapena, nire iritziz, deskriminalizazioa da.

---

(44) Ikus Roberta TATAFIORE, “Fare vuoto di norma...”, 247. or.

(45) Emilio LAMO DE ESPINOSA eta Julio CARABAÑAK dioten bezala: “Baliteke inmoralia izateko eskubidea ere egotea horrekin inor kaltetzen ez bada, bederen; edo on bila, on bila..., azkenean mesede baino kalte gehiago egitea legez debeku horiek indarrean ezartzearekin...”, “Vicios privados...”, op. cit. 9. or.

(46) Pennsylvaniako Unibertsitateko txostenaren “Hitzaurrean” (i) Adituen Taldeak aipatzen du mugimendu hau nola zabaldu den Alemanian, Herbeheretan eta Frantzian; eta Roberta TATAFIORE “Fare vuoto...” aip. artikuluan, 243. or. mintzo zaigu Carla Corso eta Pia Covre-k zuzentzen duten italiar mugimenduaz “prostitutaren eskubide zibilen” alde. Beste alde batetik hitz egiten du prostituzioa “aukera ekonomikoaren elementu bat bezala” ikus daitekeela, emakumeak prostituziora premia ekonomikoengatik iristen direla dioen ohiko nozioa —eta ez halaberrez faltsua, baizik bateragarria— gaintutuz, Beverly BROWN, “Desviación femenina...”, op. cit. 28. or.

## *Prostituzioa eta deskriminalizazioa*

Eta gure nazioan bide horixe hartu du berriki Kode Penalean egin den erreformak. Eta ezin zitekeen beste modu batera izan, "prostituzioaren arloko delitu horien" erregulazioa 1989az geroz haren izenburuak —askatasun sexuala— adierazten zuen ondasun juridikoari egokitu beharra bene-benetan hartzen zen momentutik. Beraz, haren tutoretzaren funtsezko jarraibideak zehaztu beharra zegoen.

Kontua da, hala ere, 1995eko legelariak ekimen hori izan aurretik, irakaspenak (47) ezezik jurisprudentziak ere pertsona helduen prostituzio borondatezkoari laguntza ematen dioten zenbait jokabide zigortzearen kontraesana salatu zuten, izan ere zigor horiek behialako "onestasunaren kontrako delituak" izenburupean soilik justifika zitezkeen. Jakina, jokabide horiek aurrez aurre zeuden ohiko moral sexualarekin, zeinak ez gure gizartean, ez formalki, ez legearen aldetik (48) ezta materialki ere, inolako euskarririk ez baitzuen jadanik. Kode Penalaren azken erreforma egin baino lehen, bazegoen bataren eta bestearen berririk.

Lehenbiziko zentzuan, eta jurisprudentziako irakaspenari dagokionean, komeni da hemen aipatzea, adibidez, Martín Pallín magistratuak 1990eko ekainaren 6an Auzitegi Gorenaren epaian aurkeztu zuen "boto partikularra": "1989ko erreformak ondasun juridiko babestuaren titulazioan eginiko aldaketak, non bertan behera utzi baitzen onestasunarekiko aipamena, erakusten digu ondorio penaletan zehaztaperen zaileko edo ezinezkoak diren portaeren edo jokabide moralen gaineratik askatasunaren balorea azpimarratzeko legelariak duen borondatea. Arauen espiritu eta helburu berriek behartzen gaituzte zein testuinguru sozialera zuzentzen zaizkion, hortxe bertan burutzera interpretazioa... Legelariak zehatu nahi

(47) Ikus Enrique ORTS BERENGUER, *Derecho penal. Parte especial* lan kolektiboan. Zati Berezia. Valentzia, Tirant lo Blanch, 1993, 658. or.

(48) Hain zuzen ere, 1989ko ekainaren 21eko L.O.k "onestasunaren kontrako delituak" izenburua desagertarazi zuelako. Alabaina, indarrean zegoenean ere haren egileek zuritu nahi izan zuten legearen edukia askatasun sexualaren ondasun juridikoa aipatuz: "ez dut bat ere dudarik —zioen gai horretako espezialista batek— jokabide horiek zehatu behar direla prostituitutako pertsonaren askatasun sexuala erasotzen den neurrian, dela pertsona bat gogoz kontra prostituzioan aritzera behartzen delako, dela jarduera horri menpekotasun egoera batean lotzen zaioelako... Gizabanakoaren askatasun sexualaren babesa gaintzen duen zehapen orok eragina izango du halabeharrez eduki moralizatzaileen babespenean, eta guk jarrera hori behin eta berriz gaitzetsi dugu". Ikus José Luis Díez RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, 1988, op. cit. 171. or.

izan du... betiko prostituzioaren esplotazio komertziala, irabazteko xedea duena, hau da, helduen gainean indarkeria eta bortxa eta adin txikikoengan amarrua edo abusua erabiltzen dituen... Helduen jardura sexual ordaindua ohiz kanpkoa da ez duelako pertsonaren askatasunean eta harreman sexualen gainean erabakitze gaitasunean eraginik". Eta, interpretazio ildo hau argitzearen, magistratuak Europako Parlamentuak, Prostituten Eskubideen aldeko Nazioarteko Batzordearen eskariz, 1986ko ekainean emandako gomendioak aipatzen ditu, prostituitutako pertsonari egindako indarkeriazko edo larderiak egintzen jazarpena eta zigorra bakarrik sustatzera bideratuak (49).

Beste alde batetik, Kongresuan 1995eko Kode Penal berria onetsi aurretik izan ziren eztabaidetan argi geratu zen zein laguntza urria izan zezakeen "politika abolizionista" batek, hau da, azken batean askatasunez erabakitako besteren prostituzioaren alde hirugarren pertsona batzuek duten portaera kriminalizatzearen aldeko politika batek. Jover Presa jaunna —diputatu sozialista— delitu hauen egungo erregulazioaren aldeko bere hitzartzean aski argia izan zen nire ustez: "funtsean gure jarrera da... prostituzioan diharduen gizonak edo emakumeak erabaki libre baten ondorioz badihardu, burujabetasun osoz hartutako erabaki baten ondoren, hortik ez dagoela zertan atera behar ondorio deliktiborik, ez baitago inolako arrazoirik horretarako eta ikaragarritzko zentzugabekeria litzateke, indarrean dagoen Kode Penalak egiten duen bezala, kasu horietan, prostituzioa jardura librea eta borondatezkoa denean, ez dadila delitua izan diharduen gizonarentzat edo emakumearentzat, eta bai ordea, jardura horren bidetan jartzen edo kontratatzen duenarentzat. Gure iritziz, horrek ez du zentzurik... errealitate sozialak berak erakusten du zein neurritaraino den hori zentzugabekeria... (eta)... itxurakeria galanta dago; Kodean egun argiz burutzen diren figura deliktiboak mantentzen dira eta inori ez zaio bururatzen horiek salatzea, zeren hori aplikatu nahiko zukeen edozeinek ez zeukakeen ... egunkari nazional edo probintziatiko bat ireki eta jardura horiek salatzea besterik..." (50).

Arian arian, badirudi sendotzen ari dela prostituzioaren aurrean arrazoizkoa izan daitekeen jarrera bakarra, hau da, helduen arteko borondatezko transakzio sexual huts bat bezala

---

(49) Horrekin, magistratuak dioten bezala, ez da hausten Espainiak 1949ko Nazioarteko Hitzarmenari, Lake Success-en, New York, 1950eko martxoaren 21ean sinatu zenari, 1962ko irailaren 25ean atxikitzearekin hartutako konpromisoa, hain zuzen ere beharrezkoa ez delako Zuzenbide penalera jotzea eta "komenigarri jukatzen diren neurri administratiboak, sanitarioak edo ohituren zaingoa erabil daitezkeelako..."

(50) Ikus *Diputatuen Kongresuko Bilkuren Egunkaria. Justizia eta Barne Batzordea*, 510. zk. 1995eko ekainaren 2a, (15489).

---

hartzen duena, jarduera horren esparruan tarteka daitekeen benetako biktimarik gabea — sinbolikoak alde batera utzirik—. Eta alde horretatik, 1995eko Kode Penal berria aurrerapauso adierazgarria izan da, zehapenak erreserbatu dituelako pertsonaren duintasuna edo askatasuna mehatxatzen duten abusu edo esplotazio sexualen kasuetarako (51). Eta esan behar da, sarritan sinistarazi nahi digutenaren kontrara, “premiatzkoena” ez dela ez debekatzea ezta zigortzea ere, alderantziz baizik, “gizarte bat eratzea, bertan dibertsitatearen errealitatea, dela pertsonala, dela organikoa zein soziala, eta kriminalizatze boterearen mende egongo ez dena” (52).

---

(51) Ikus Kode Penalaren VIII. Tituluko (Askatasun sexualaren kontrako delituak) V. Kapituluko (Prostituzioaren inguruko delituak) 187. art. eta hurr.

(52) Kriminologia kritikoaren ikuspuntutik lan TAYLOR, Paul WALTON eta Jock YOUNG-ek dioten bezala, *La nueva criminología*, op. cit. 298. or.

---

ENCARNA BODELÓN  
GONZÁLEZ

Bartzelonako Unibertsitate  
Autonomoko Zuzenbidearen  
Filosofiako irakaslea

*Emakumeen*

*interesen*

*babesari buruz*

*Zuzenbide*

*penalaren*

*eraginkortasuna*

*erzbaian jartztea*

## 1.

Itxura guztien arabera, Zuzenbide penal modernoak, ondasun juridikoen babesean oinarritua, leku eman dio jatorriz Zuzenbide penal liberalean oinarritzen diren interesak baino harantzago doazen interes sozialak babesteari. Alde horretatik, interesgarria da ikustea nola lekualdatu diren, baldin eta lekualdatu badira, Zuzenbide penalera feminismoa bezalako mugimendu sozial batzuen errebindikazioak. Txosten honetan jorratuko da, hain justu, zuzenbide penalak zein neurritan islada edo babes ditzakeen emakumeen mugimenduarenak bezalakoak diren interes sozialak.

Has geitezke oroitaraziz Zuzenbide penalak emakumeen aurrean izan duen paper historikoa. Emakumeen interesak babestu orde, XIX. mendeko eta XX.aren zati handi bateko Zuzenbide penalak izaki soziala den emakumearen adiera jakin bat esleitzen eta erreproduzitzen, hau da, generoaren egitura finkatzen lagundu zuen. Alde batetik, zuzenbide penal historikoarentzat emakumea tutoretzapean egon behar duen pertsona da, erantzukizun osoa ez duena; beste aldetik, kontrol sozialen multzo bat eratu du emakumearen sexualitatearen gainean (abortoaren edo prostituzioaren kriminalizazioa) eta estereotipo multzo bat sexualitatearen gainean. Horrela, esate baterako, bortxaketaren kontrako zehapenaren zergatia, ez hasiera batean ez eta ondoko garapenean ere, ez zen emakumeen eskariei erantzutea izan, aitzitik baizik, bortxaketa delituaren itxuratze juridikoa emakumearen kalteari erantzuteko baino gehiago gizonaren ohorea babesteko izan baitzen, emakumeen askatasuna bermatzeko baino gehiago sexualitate femenino eta maskulinoaren eredu bat eraikitzeko.

Azken urteotan hau dena aldatu egin dela dirudi. Gure Kode Penalean hurrenez hurren izan diren erreformek aldatu egin dute nabarmen gaur egun "askatasun sexualaren kontrako delituak" deitzen diren horien izaera. Aurrerapausuak izan direla ukatzerik ez dago eta, hala eta guztiz ere, oraindik arazo franko dago jorratu beharrekoak, eta izaera dogmatiko-juridikoko arazoen gaineratik, arazo sozio-juridikoa eta filosofiko-politikoak hartu behar dira laneko gai bezala.

Emakumeen interesak babesteari buruz zuzenbide penalak duen esanahia planteatzen dugunean, aurrena bi zehaztaperen egin behar ditugu. Lehenik eta behin, gai hau ez dugu har-

tuko sistema penalaran "eraginkortasun" arazo bat bailitzan, berak proposatutako (1) helburuei dagokienez, baizik eta asmoa da sistema penala baloratzea emakumeen mugimenduek aldarrikatutako babes itzaropideekin alderatuta.

Edozein modutan ere, argi utzi behar da Zuzenbide penalak, filosofia juridikoak eta soziologia juridiko-penalak, orokorrean, Zuzenbide penalak garatu dituen ustezko eginkizunak zalantzan jarri dituztela eta haren eraginkortasuna mugatu dutela zuzenbide penala berme gisa definitzera (2). Bestalde, Zuzenbide penalak planteatzen dituen legitimazio arazoak ere ezin ditugu alde batera utzi, horren erabilpenak alderdi askotan errepresio baliabideen legitimazioa dakarrelako. Zuzenbide penal horren izaera errepresiboari buruz mugimendu sozial kritiko batzuek Zuzenbide penala erabiltzeak erakusten duen kontraesana ere jorratu izan da arazo gorapilotsu bat bezala mugimendu feministaren barruan. Hain zuzen ere, eztabaida horren adibidea da estrategia abolizionista penalen eta mugimendu feministaren artean sortu dena (3).

Bigarrenez, argitu behar dugu zer ulertzen dugun "emakumeen interesak" esaten dugunean. "Emakume" kontzeptua multzo anitza eta zenbaitetan kontraesanekoa dela ulertuta, hemen adostasun bat dago esatean mugimendu feministak bere eztabaidetan interes kolektiboek osatutako multzo zabal eta konplexu bat eratu duela, eta interes horiek emakumeen interesekin identifikatzen ditugula (4). Zentzu horretan, sistema penalak kriminalizaturiko ema-

---

(1) Zuzenbide penal modernoari, besteak beste, oinarrizko hiru helburu hauek esleitu zaizkio: delituaren ikerketa, delituari aurre hartzea eta arau-hauslearen bergizarteratzea, eta biktimari kaltea ordaintzea. Azterlan ugaritan frogatu izan da sistema penalak esku artean dituen arau-haustek benetan gertatzen direnen portzentai txiki bat besterik ez direla, horrek esan nahi du sistema penalaran barrenean bereizketa bat gertatzen dela, beraz, zifra hits horrekin batera erakusten digute sistema penala arau-hauste guztien gutxi batzuetara baizik ez dela iristen (Ikus BARATTA, A. (1986) *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*. Siglo XXI Arg., Mexiko). Zuzenbide penal garaikideak aurre hartzeko edo bergizarteratzeko duen eraginkortasunari dagokionez, zalantzan jarria izan da hainbat lanetan (Ikus BERGALLI, R. (1991), "El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social", in Salhaketa, *Control social del delito: críticas y alternativas*, Justizi Saila, Eusko Jaurlaritza, Bilbo, 107-132 orr. Biktimari kalte ordaina emateari buruz sistema penalak duen eraginkortasunaren gaiaz gero hitz egingo da.

(2) FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón*, Trotta Arg., Madril.

(3) SMAUS, G. (1992) "Abolicionismo: El punto de vista feminista", in *No hay derecho*, 7. zk. 10-13 orr.; VAN SWAANINGEN, R. (1990) "Feminismo, Criminología y Derecho penal. Una relación controvertida", in *Papers d'Estudi i Formació*, 5. zk. 85-107 orr.; SUAY, C. (1995) "Abolicionismo y feminismo", in *El viejo topo*, 87. zk., 52-57 orr.

(4) "Emakume" kontzeptuaren gainean maiz egiten diren jeneralizazioek argi adierazten dute askotan emakume konkretuen aniztasuna ahaztu egiten dela eta genero kontzeptua eraikin kultural bat dela. Ikus SPELMAN, E. (1990) *Inessential Women*, The Women's Press, Londres.

kumeak ere kontuan hartu behar ditugu geure gogoetan. Zuzenbide penalak emakumeen bizitzan duen esanahia ezin jorra dezakegu kriminalizaturiko emakumeen arazoak alde batetik eta Zuzenbide penalera gatazka baten bitartekotza bilatu nahian jotzen dutenen arazoak bestetik bereiziz. Ikuspegi horiek biak bereizteak eraman gaitzake emakumeen kriminalizazio prozesua modu ez-kritikoan onartzea bezalako absurdu batera eta gainera ez ikustera kriminalizazio prozesuetan emakumeentzat interesgarriak diren arazo batzuk ere jorratzen direla.

Beste alde batetik, emakume arau-hausleen gaineko azterlan feministetatik ateratzen diren ondorioek hainbat gogoeta gai dakarzkigute Zuzenbide penalaren eta horren aplikazio prozesuen gainean, eta horiek ezin ditugu bazter utzi. Mende honen hasierako feminismo liberalaren tradizioari jarraikiz, hirurogeiko hamarkadan eginiko azterlan askotan jorratu zen arau penaletan edo epaietan izan zitezkeen diskriminazioen arazoa. Orduan uste zen diskriminaziozko xedapen haien kontra borroka eginez lortuko zela harako ideal hura, Zuzenbide penal neutroa eta denentzat berdina izatea, alegia. Laurogeiko hamarkadan indar handiz azaldu zen ideia zen xedapen juridikoetan sexuen parekotasuna lortzeak ez dakarrela ezinbestean sexuen arteko benetako berdintasuna Zuzenbidearen aurrean. Era horretan frogatzen zen justizi berdintasuna maila formalean izatea ez doala beti maila materialeko berdintasunarekin batera, zeren eta arau berdinak aplikatzen baitzaizkie ezberdintasun sozial sakonak dituzten taldeei. Emakume kriminalizatuek aurrean izango dituzte hurreman patriarkalek sakonki markatutako praktika jurisdikzional eta instituzionalak.

Puntu hau lantzen ez badugu ere, ezin da ahaztu azterlan sozio-juridiko eta kriminologikoek frogatu dutela ederki asko emakume kriminalizatuek bazterketa eta diskriminazio latza goak nozitzen dituztela (5). Bereziki adierazgarriak dira presondegian diren emakumeek (6) eginiko azterlanak eta emakume horien tratamendua auzitegi penalen (7) aurrean. Kasu bietan elementu bera agertzen da, justizia penaleko sistemaren joera dela generoen egitura sendotzea eta sexu diskriminazioa eragiten duten elementuak erreproduzitzea. Beraz, emakume kriminalizatuen ikuspegitik baieztu beharko da ezen, ez bakarrik Zuzenbide penalak ez duela laguntzen planteatutako gatazkek konpontzen, baita ere Zuzenbide penalaren aplikazioak diskriminazio gehiago sortzen dituela.

---

(5) LLORD, A. (1995) *Doubly deviant, doubly damned. Society's treatment of violent women*, Penguin Books, Harmondsworth.

(6) CAMPPELLI, E., FACCIOLI, F., GIORDANO, V., PITCH, T., (1992) *Donne in carcere*, Feltrinelli argitaratzaileak., Milano; Egile batzuen artean, (1995) *Presó i Dona*, Grup Dona i Presó, Bartzelona.

(7) EATON, M. (1986) *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Londres.

## 2.

# *Sistema penalarren azterketa feministak eta horren esanahia emakumeen interesak babesteko. Babes penal eztabaidagarria*

### 2.1

#### **BORROKA POLITIKO-SOZIALETIK ERREBINDIKAZIO JURIDIKORA**

Emakume kriminalizatuen ikuspegitik abiatuta hasten bagara aztertzen Zuzenbide penalak hartu duen esanahia emakumeen eta haien babesa artikulatzeko tresna gisa, interesgarria gertatzen da elementu historiko batzuk gogora ekartzea.

Kontuan eduki behar da zernolako eskari sozialak edo interesak azaldu dituzten emakumeek Zuzenbide penalarren bitartez. Alde batetik, despenalizaziorako eskariak aurkitzen ditugu, prostituzioari eta abortuari dagozkionak, adibidez (gure herrialdean erantzukizun daudenak), esan nahi baita, esparru penaletik ateratzeko eskariak. Bestetik, bortizkeria sexualarekin lotzen diren eskarien multzo handi bat aurkitzen dugu, eta hementxe biltzen omen dira eskuhartze penalarren eta kriminalizazioaren eskari gehienak. Hala ere, ez da egia mugimendu feministen eskariak bortizkeria sexualaren arazoan eta horren kriminalizazioan kontzentratu izan direnik edo kontzentratzen direnik, edo gutxienez erdizkako egia besterik ez da.

Historikoki, XIX. mendearen azken aldera hasiz geroztik mugimendu feminista bortizkeria sexualaz kezkatu izan da, nahiz eta orduko modua eta ezaugarriak egungoak ez bezalakoak izan. Gaur egun bortizkeria sexualtzat jotzen duguna hasieran mugimendu feministaren korrante desberdinentzat zapalkuntza sexualaren arazo bat zen. Bortizkeria sexualaren esplikazioa bilatzen zen harreman patriarkalen barnean eta haren adierazpen ugarietariko bat bezala. Korrante feministek arrazoi desberdinak identifikatzen zituzten emakumeen zapalkuntza azaltzeko: eskubideen berdintasun eza, ekonomi arloko berdintasun eza, erreproduziorako eginkizuna, sexualitatea, etab. Hirurogeita hamarreko hamarkadan eta feminismo erradikalaren (8) barruan landu zen ideia izan zen emakumeen zapalkuntzaren mui-

(8) Raquel Osbornek bikain dioen bezala, azken urteotan sinplifikatu egin da feminismo erradikalaren edukia, ordezkari batzuen obrarekin identifikatzeraino, mugimenduaren aniztasuna albo batera utzi delarik. OSBORNE, R. (1993) "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?", in *Doxa*, 13. zk. 285-299 orr.

na emakumeen kontra erabiltzen zen bortizkeria sexualean kokatu behar zela. Hori dela-eta harrez gero mugimendu feministen ahalegin handienak bortizkeria sexuala salatzerantz bideratu da. Helburu nagusia zen emakumeak eta gizarte osoa ohartaraztea bortizkeria sexualaren fenomenoak duen inportantzia eta gizartearen gaitzespena lortzea (9).

Beraz, kriminalizazioa arazoa hor zegoela adierazteko eta ezagutzera emateko balio izan zuen, arazoa konpontzeko gai ez bazen ere. Horren froga bat da, bortizkeria sexualaren gainean feministek izandako eztabaidaren ondotik, ia beti, esparru penala gainditzen zuen gogoeta bat sortarazi dela. Pentsa dezagun, adibidez, tratu txarren edo jazarpen sexualen kasuan ez dela eskuhartze penalaren egokitasuna edo eraginkortasuna bakarrik kritikatu, baizik eta horiez gainera azpimarratu egin da politika penalekin batean bestelako laguntzak beharrezkoak direla emakumeen egiazko beharrei erantzuteko.

Beste era batera esateko, emakumeen mugimenduek Zuzenbide penalean bilatu zutena kasu askotan izan zen Zuzenbide penalaren ahalmen sinbolikoa dei daitekeena, hots, egoera batzuk (10) problematikoak direla aitortzeko duen ahalmena.

Bortizkeria sexuala salatzearen helburua zen argitara ateratzea emakumeen zapalkuntza gizarte patriarkalean (11), halako eskubide edo interes baten kontrako eraso baina korapilotsuagoa den zerbait. Eta honetan sortzen dira arazoak, orokorrean diskurtso juridikoaren gainean eta zehazkiago Zuzenbide penalaren gainean. Eta galdera hau da: Zuzenbideak laguntzen ahal die emakumei beren beharrak edo interesak adieraz ditzaten? Diskurtso juridikoaren eta Zuzenbide penalaren ezaugarriak zein neurritan ez dute beren muga erakusten edo mezua desitxuratzen?

---

(9) EISENSTEIN, Z. (comp) (1983) *Contemporary Feminist Thought*, Allen and Unwin, Boston.

(10) Aurreko artikuluko batean Zuzenbide penalaren ahalmen sinbolikoa deitzen duguna zehaztu dut, eta horrek inplikatzeko Zuzenbide penala egoera batzuk problematikoak direla aitortzeko izan duen papera aitortzea. BERGALLI, R./BODELÓN, E. (1992) "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", in *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madril, 43-73 orr.

(11) BERGALLI, R./BODELÓN, E. (1992), op. cit.

Arestian egindako galdera horientzako erantzunetariko bat lege teoria feministan sortu da. Laurogeigarren hamarkadaz geroztik "lege teoria feminista" deitzen zaio jakintza multzo bati, zeinetan ikertzen baitira generoaren eta Zuzenbidearen arteko harremanak. Teoria horietan biltzen dira emakumeen esperientziak eta beste disziplina batzuetatik iritsitako eza-gutzak, esaterako soziologiatik, antropologiatik, ekonomiatik, etab. Horrekin lortu nahi da lege erreformetan oinarritutako politikak dituzten mugak ulertzea. Hirurogeita hamarreko hamarkadaz geroztik, mugimendu feministaren zati bat buru-belarri saiatu da lege erreformak bultzatu nahian emakumeengan eragin berezia duten arloetan (enplegu politikak, famili Zuzenbidea, Zuzenbide penala). Laurogeigarren hamarkadaren aldera, erreforma horiek gaina jo zutela zirudien eta zalantzak agertzen hasi ziren lege aldaketa horien eraginkortasunari buruz. Zentzu horretan, feminista batzuen iritziz aldaketa batzuk sustatzearen zailtasuna lege-doktrina modernoaren ezaugarri jakin batzuetan eta horiek sortzen direneko egitura politikoetan (12) zetzan.

"Lege teoria feminista" deitzen denaren barruan azterketa eta ikuspuntu desberdinak aurkitzen ditugu generoaren eta zuzenbidearen arteko harremanen gainean. Alde horretatik, baieztatu daiteke ez dagoela lege teoria orokor bat eraikitzeko asmorik, ikuspegi desberdinak azaltzea baizik generoaren eta Zuzenbidearen arteko harremana ulertzera iristeko (13). Argigarri gisa horietan adierazitako arazo batzuk aipatuko ditugu.

Adibidez, Zuzenbide sexistaren azterketa gainditu nahi da Zuzenbidearen maskulinitasunaren azterketen bitartez. Zuzenbidea, konkretuki Zuzenbide penala sexista zela baieztatu

(12) Lege teoria feministaren ondoan, eta zenbaitetan batera, agertu dira feminismoaren teoria politikoaren gaineko azterlanak, zeinetan ezbaian jartzen baitira gizarte modernoetan emakumeen papera eraiki duten printzipio politiko-filosofikoak. Azterlan horien bilduma ezinago hobea burutu du CASTELLS, C-k (comp) (1996) *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Arg. Bartzelona.

(13) Lege teoria feministen gainean: BARTLETT, K. (arg.) (1991) *Feminist Legal Theory*, Westview Press: Oxford; GARCÍA AMADO, J.A. (1992) "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho", in *Anuario de filosofía del derecho*, Madril, 1992, 13-41 orr.; SMITH, P. (arg.) (1993) *Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, New York.

tzearekin justizia penalean izaten ziren praktikak batzuez kontzientziatzea ekarri zuen. Esan zitekeen sexismoa bazela bai arauan eta baita arauaren aplikazioan ere. Kode penala edo sistema penalaren praktikak sexistak ziren, araua sexuaren arabera era diferentean aplikatzea proposatzen zelako edo aplikatzen zelako (esate baterako, epaitegietan era diferentetan baloratzen zen jokabide sexual bera, egilea gizona izan ala emakumea izan). Ikuspegi horrek bibliografia oparoa sortu du kriminologia feministaren barnean (14). Asmoa zen ulertzea nola ebaluatzen zuen sistema penalak portaera berbera gizonarena ala emakumearena zenean, eta salatzea egoerari ematen zitzaion tratamendu desberdina. Laurogeiko hamarkadan emakumezko ikerlari batzuk, hala nola Gesthorpe eta Edwards-ek (15) agerian utzi dute kontzeptu hori ez dela nahikoa. Gesthorpe-ren *Sexism and the Female Offender* azterlanean (16) adin txikikoen epaitegien funtzionamendua aztertzen da, emakumezko arau-hausle gazteen kasuak bereziki. Egilearentzat sexismoa aztertzea ez da epaien arteko azterketa konparatua egitea, aitzitik, horrek eskatzen du epaimahaiaren jardura konplexua eta justizia penalaren sistemako instantzia desberdinak aztertzea. Epaimahaiaren eguneroko jardura aztertuz aurkitzen da nolako irizpideak erabiltzen diren neskak eta mutilak epaitzerakoan. Arazoa ez da gizonak eta emakumeak era desberdinetan epaitzea egoera desberdinetan. Arazoa da epaimahaiak praktikan ez dituela egoera desberdin horiek ezagutzen edo gizonen eta emakumeen gaineko estereotipo jakin batzuk orokortzen direla, eta horrela sendotzen dira lehendik datozen diskriminazioak.

Zuzenbidearen maskulinitasun kontzeptuaren bitartez aipatu urritasunak gainditu nahi dira. Zuzenbidearen maskulinitasunaren ideia ez da mugatzen Zuzenbidean diren gizonetara, baizik eta zentzu kulturean maskulinitasunarekin lotzen diren elementuen presentziara. Zuzenbidearen maskulinitasuna baieztatzeak ezaugarri multzo batekin identifikatzea dakar. Ikuspegi horretatik baieztatzen da gizon bat eta emakume bat Zuzenbidearen aurrean direnean diskriminazioa ez dela gertatzen Zuzenbidea era ezberdinean aplikatzen zaiolako emakumeari, baizik eta itxuraz objektiboak eta neutralak diren irizpideak aplikatzen bazaizkio ere, errealitatean irizpide horiek balore eta interes maskulinoei erantzuten dietelako. Nola sortzen da Zuzenbide maskulinoa?, nondik heldu da Zuzenbidearen maskulinitasuna? Galdera horiei erantzuteko teoria politiko feministak Estatu liberalaren eta haren for-

---

(14) SACHS, A. / WILSON, J.H. (1978) *Sexism and the Law*, Martin Robertson, Oxford.

(15) GELSTHORPE, L. (1989) *Sexism and the Female Offender*, Gower Publishing Company, Vermont.

(16) GELSTHORPE, L. (1989), op. cit.

ma juridikoen sorburura jo du. Kontzeptu batzuk, demagun "eskubideak", "kontratua", "asketasuna", eta horrelakoak esanahi jakinekoak dira Estatu liberalaren testuinguruan eta forma juridiko bezala sendotzen dira, denboraren iraganean beren jatorrizko erreferentzi puntua galtzen dutelarik. Zuzenbide liberalaren subjektua autonomoa eta burujabea zen, ustez librea harreman ekonomikoak ezartzeko. Subjektu juridiko bat da eta dirudienez erantzukizun sozialik ez familiarrik inork ez dio esleitzen. Fenomeno ekonomikoetara hurbiltze indibidualista hau eremu penalean ere gertatzen da, non arau-haustea testuingurutik bereizten baita. Jokabide sozialaren indibidualtze horrek bide emango luke emakumeei egindako kalte soziala arazo indibidual bat bailitzan aztertzeko.

Maskulinitasun kontzeptuak Zuzenbidean arrunt kritika franko izan ditu. Besteak beste, Carol Smart-ek (17) funtsezko bi arazo aipatzen ditu. Lehenik eta behin, ikuspegi horren bidez Zuzenbidea unitate bat, adiera bakarreko tresna bat, delako iritzia mugikaitz eta betiko bihurtzen da. Bigarrenez, maskulino/femeninoaren arteko bereizketa horrek beste hainbeste diskriminazio ezkutatu lituzke, horiek ere Zuzenbidearen bidez adierazten direnak, hala nola adinari, arrazari, klaseari dagozkienak.

### 2.3

#### **SISTEMA PENALA, GENERO HARREMANEN BIRSORTZAILEA. PRAKTIKAK ETA FUNTZIONAMENDUA**

Jada ikusi dugu Zuzenbide penalaren aplikazioari buruzko azterlanak Zuzenbide penalaren aplikazio sexista salatzearekin hasi zirela. Baiezta daitekeenez, laurogeita hamargarren hamarkadan aipatu ikerketa horietako gehienetan asmoa zen diskriminazioa, era konplexu horretan, nola gertatzen zen ulertzea iristea. Alde horretatik, "genero" kontzeptua eranstea guztiz erabakigarria izan da (18).

(17) SMART, C. (1994), "La mujer del discurso jurídico", in LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Siglo XXI Arg., Madril.

(18) Genero kontzeptuaz eta gizarte zientzian duen erabilpenaz: NAROTZKY, S. (1995), *Mujer, mujeres y género*, Zientzia Ikerketan Kontseilu Nagusia, Madril; RIVERA, M. (1994), *Nombrar el mundo en femenino*, Icaria, Bartzelona.

---

Azterlan batzuk lagungarri izan dira justizia penalean emakumeen tratamenduak dituen ezaugarriak dokumentatzeko, bere konplexotasuna erakutsiz eta kontrol instantzia (19) horretan feminitatearen eraikuntzari buruzko argitasunak emanaz.

Epaitegien jardueren gainean egindako lanean M. Eaton-ek (20) emakumeei ematen zaien tratua aztertu du eta agertarazten du epaileek beren arrazonamenduetan familiaren arloko gogoramenak erabiltzen dituztela. Egile horrek dio auzitegiek sexuen arteko harremanak birsortzen dituztela, izan ere ez dute emakumea subjektu bezala hartzen, famili harreman horien arabera baizik.

Auzitegien ohitura aztergai nagusi bihurtu da. Argitzen da eragile juridiko desberdinek beren eguneroko jardunean eranstean dituztela generoen banaketari buruzko balorazioak eta estereotipoak. Famili erreferentzi horietan aipatzen diren aferak dira famili erantzukizuna, lana, familiarekiko harremana, familiaren batasuna, etab. Hau da, familiaren ohiko kontzeptua indartzen dute, hala gizonen nola emakumeen kasuan. Hala ere, egilearen iritziz, eredu hori indartzearekin famili harreman mota bat indartzen da, zeinetan emakumea desabantaila nabarmeneko egoeran aurkitzen den.

Era horretan esplikatu litzateke auzitegiaren aurrean berdintasun formaleko irizpideak aplikatzeak ez duela inolako eraginik kasurik gehienetan emakumeen eta gizonen arteko funtsezko desberdintasunean. Generoen zatiketaren finkapena eta birsorkuntza gehiago ezarriko litzateke normaltasun irizpide batzuen ohiturazko aplikazioarengatik irizpide baten aplikazio desberdin bategatik baino. Carol Smart-ek dioenez, Zuzenbidea sexuduna izatearen ideiak bide ematen digu argudiatzeko praktikak berak esanahi desberdinekoak direla gizonentzat eta emakumeentzat (21). Bestalde, esan ere esan daiteke Zuzenbideak jarduten duela "generoaren teknologia" balitz bezala, hau da, identitate finkoak ekoizteko prozesu bat dela.

Zuzenbideak genero identitateak finkatzen eta birsortzen dituen ideia bereziki interesgarria da bideratzen badugu egoera batzuk aztertuz, zeinetan Zuzenbide penalak emakumeak babesten baititu zenbait erasoren aurrean. Eraso sexualen adibidea hartzen badugu argidago epaiketa batean halako prozesu bat gertatzen dela zeinen bidez Zuzenbideak ema-

---

(19) Ikus CARLEN, P. (1983), *Women's Imprisonment*. Routledge and Kegan Paul, Boston; EATON, M. (1986), *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Philadelphia; WORRALL, A. (1990), *Offending Women. Female Lawbreakers and the Criminal Justice System*, Routledge, New York.

(20) EATON, M. (1986), op. cit.

(21) SMART, C. (1994), op. cit. 176 or.

---

kumearen esperientzia birdefinitzen duen eta genero-sortzaile diren kategorია batzuk finkatzen dituen. Prozesu penalak emakume erasotuari eskatzen dio prozesuan zehar halako jarrerara bat izan dezala eta biktimarengan jarrerara edo ezaugarri jakin batzuk sumatu uste du. Horrela, adibidez, zalantzan jartzen dute maiz biktimak amore eman ote duenentz, erasoak jasan duenaren ezaugarriak ez bazaizkio auzitegiarentzat emakume errespetagarri edo zaurgarri izan beharko litzatekeenari egokitzen.

Onartzen badugu Zuzenbideak genero kategoriak eraikitzen eta finkatzen dituela, horrek esan nahi du emakumeek uko egin behar diotela Zuzenbide penalak jokabideei atxikitzen dien esanahia erabiltzeari? Carol Smart-entzat, kontraesan horrek agirian jartzen du prozesu horiek sakonago aztertu beharra eta asumitu beharra beti ere "Zuzenbidea ez dela soilik zuzenbidea, zerbait gehiago baino" (22).

Kontraesan hauen adibide bat da jazarpen sexualaren tratamendu penala. Eraso sexualak edo etxeko bortizkeria ez bezala, jazarpen sexuala toki edo egoera batzuetara mugatzen da (horrela 1995eko Espainiako Kode Penalak, bere 184. artikuluan dioenez: "sexuarekin ikustekoa duten faboreak eskatzen dituenak, berarentzat edo hirugarren batentzat, lanean, irakaskuntzan edo antzeko batean duen mailaz baliatuz..."), hau da, baztertu egiten ditu kalean edo bestelako harreman pertsonaletan gerta daitezkeen jokabide berdintsuak. Are gehiago, txosten europar batzuetan jazarpen sexuala agertzen da laneko anbarazu baten antzera. Horrela, alde batetik ikusten dugu jokabide horren inkriminazioa ez dagoela osoz jasota. Zuzenbide penalak kontzeptualizatzen du zer ulertu behar dugun eta zer ez jazarpen sexualaz hitz egiten dugunean, eta hori eremu penaletik kanpora hedatzen da. Definizio penal hori gero emakumeek erabiliko dute, kolektibo sindikalek, etab. Beste alde batetik, xedea ez da Kode Penalak horren jokabide multzo zabala eta lausoa jasotzea, eskubide bermatzailearen printzipioak nekez errespetatuko lituzkeena. Arazo honetaz guk dugun iritzia neurri handi batean jokabide honen kriminalizazioaren arabera eraikia da, baina horrek ez du esan nahi Zuzenbide penaletik kanpora existitzen ez den zerbait dela. Bistan da jazarpen sexualak, delitutzat jotzen dugun edozein jokabide bezalaxe, beste motatako jokabideetatik desberdin egiten duen kualitate ontologikorik ez duela, baina emakume ugari elementu negatibo bezala bizi dute, nahiz eta horrek ez duen esan nahi Zuzenbide penala denik jokabide horren negatibotasun soziala definitzeko modu bakarra. Arazo hau aztertu duten feminista batzuentzat, esaterako Wise eta Stanley-entzat (23), jazarpen sexualari aurre egiteko errezeta onenak ez doaz Kode Penalen ildotik.

---

(22) SMART, C. (1994), op. cit., 187 or.

(23) WISE, S./STANLEY, L. (1992), *El acoso sexual en la vida cotidiana*, Paidós Arg., Bartzelona.

### 3.

## *Biktimaren paradigma. Zapalduak, biktimizatuak ala sozialki kaltetuak?*

Ikusi dugun bezala, 70. hamarkada arteko mugimendu feministek emakumeek nozitzen zuten desabantaila sozialeko egoera "zapalkuntza sexuala" adierazpidearen bidez definitzen zuten. Adierazpide hura eraginkortasun juridiko urrikoa zen, desabantaila sozialeko egoera hori ez baitzuen definitzen arazo indibidual gisa edo diskriminazio juridikoaren definizio konbentzionaletan sartzeko modukoa. Hirurogeita hamarreko hamarkadatik aurrera hasi zen mugimendu sozial multzo bat jokabide horiek arau-hauste penaltzat jo zitezela eskatzen. Horrekin batera hasi zen jokabide horien ondoriozko kalteak aintzat hartzen, anarteraino arazo sozial kolektibotzat jotzen baitziren. Zuzenbide penala, hortaz, zenbait printzipioen bortxaketa jendaurrera ateratzeko tresna bihurtu zen. "Zapalkuntza" kontzeptutik "biktimizazio" kontzeptura lerratzeak daukan esanahi politikoa eta soziala agerian gelditu da hainbat lanetan (24). "Zapalkuntza" kontzeptuak egoera estruktural bat salatzen du eta afektatuak ez diren pertsonak arazoaren partaide egiten ditu eta, alderantziz, "biktima" kontzeptuak arazoa kalte indibidual izatera mugatzen du.

Prozedura penaleko egitura juridikoaren ezaugarrietako bat da arau-hauslearen indibidualizazioa. Prozedura penalaren barruan eraso sexuala hartzen da erasotzaileak biktima baten kontra burutzen duen jokabide konkretu bat bezala, soil-soilik. Era horretan, eraso sexualen azpian dagoen gatazka soziala ikusarazten digute pertsonen arteko indarkeriaren arazo huts bat bailitzan, errealitatean, ikusi dugun bezala, bortizkeria sexualaren arazoa ikuspegi zabalago batetik ulertu behar denean. Bortxaketari dagokionez, eraso sexualen arteko delitu berria baita, azterketa feministek azpimarratu dute bortxaketaren fenomeno hau sexu jokabide maskulinoaren rolen testuinguruan ulertu behar dela. Estatistiketan berresten da eraso sexual gehienak emakumeen hurbileko ingurunean, etxean, lanean, gizartean... gertatzen direla eta horrek bere aldetik berresten du eraso sexualak ez daitezkeela hartu eroldi batzuen ondorio huts balira bezala (kasu batzuen arrazoia hori bada ere), aitzitik, jokabide horien zergatiak badu zerikusirik arazo sakonago batzuekin, eta horietara nekez ai-

(24) PITCH, T. (1989), *Responsabilità limitate*, Feltrinelli, Milan; SHEERER, S. (1986), "Atypische Moralunternehmer", in *Kriminologisches Journal*, 1. zk., Beiheft, 133-156 orr.

legatuko da Zuzenbide penala. Gauza bera esan daiteke tratu txarren edo jazarpen sexualaren gainean, izan ere, egia den arren erasoak, tratu txarrak edo jazarpenak kaltetu egingo duela emakume konkretu bat, ezin dugu ahantzi kalte horien sorburua erasotzailearen eta biktimaren arteko eremutik harantzago dauden arazoetan datzala.

Biktimaren kontzeptuak emakumeak egoera pasiboan jartzen ditu, bereziki kaltegarria dena, tratu txarrak edo jazarpen sexuala bezalako kasuetan. Feminismo erradikaletik datozen feminista batzuek "biktima" hitza arbuizatzen dute, haien ustez pasibotasuna (25) inplikatzen duelako. Horren ordez "superbizidun" (survivor) hitza hobesten dute, emakumearentzat rol positiboagoa adierazten duelako eta esperientzia desberdinei aurre egiterakoan azpimarratzen dituelako emakumeek egunero erabiltzen dituzten estrategiak. Horrela azpimarratzen da, halaber, bortizkeria horren iturburua genero harremanetan dagoela. Esan nahi baita, harako ideia hura indartzen da, hots, indarkeria zapalkuntza sozialarekin loturik dagoela eta emakumeek eginkizun aktiboa behar dugula izan zapalkuntza sexualaren kontrako borroka honetan. Ezin dugu ahantzi erasoak zuzenean afektatzen ez bagaitu ere, guztiongan duela eragina diskriminatzen gaituzten generoen egitura honek.

S. Karstedt-en (26) ustez, bortizkeria sexualaren arazoa Zuzenbide penalaren bidez aurre egiteko eragozpenetako batzuk hauek dira: tratamendu juridiko hutsa baino zerbait gehiago eskatzen duten arazoak judizializatzen direla eta Estatuaren esku uzten direla arazoaren eta horien soluzioen elaborazioa. Zinez adierazgarria da ingurune kontserbadoreek nola hartzen dituzten bortizkeria sexualarekin loturiko errebindikazio feministak. Adibidez, Estatu espainiarrean Alcaserko tragedia (hiru neska haien bahitu, bortxatu eta asesinatu ziztuztenekoa) erabilia izan zen kartzela politikak gogortzea eta emakume gazteen eta gizar-teak haien sexualitatea kontrolatzea ere proposatzeko.

Biktima kontzeptuak dakartzan arazoak ez dira lehenengo mailako biktimizazioarekin bakarrik agertzen (laido penalak sortutakoa), baita, eta bereziki, bigarren mailako biktimizazioan ere, eta bigarren hori sistema penaleko instantzien funtzionamenduak sortu du, hain justu, bortizkeria sexualak afektatutako emakumeak sistema penaletik pasatzearen ondorioz.

Biktima kontzeptu horren eta estrategia penalen aurrean bortizkeria sexualaren arazoa tratatzeko beste modu alternatibo batzuk ezarri dira. Horietako bat da kalte sozialaren kontzeptua (sozial injury).

---

(25) WALKLATE, S. (1995), *Gender and Crime*, Prentice Hall, Hertfordshire.

(26) KARSTEDT, S. (1992), "Liberté, égalité, sororité", in *Déviance et Société*, 16. liburukia, 3. zk., 287-296 orr

---

Howe-k "arau-hauste soziala" kontzeptua erabiltzeko proposamena egin du zapalkuntzaren (27) alderdi desberdinak izendatzeko. Arau-hauste sozialak agerian jartzen du laidoak laido bezala sumatzen dituztela talde sozial batek, hau da, delituaren izaera ontologikoa salatzen da eta eraikuntza sozialaren produktua dela azpimarratzen da. Estrategia horrek etengabeko elaborazio politikoa eta soziala eskatzen du, eta esperientzien adiera soziala aldagarria delako ideia indartzen du. Guk gaur egun jokabide batzuei, esate baterako "etxeko tratu txarrei" ematen diegun negatibotasuna eraikuntza politiko eta sozialaren emaitza da, eta kasu honetan positibotzat jotzen dugu emakumeen interesei dagokienez. Era berean, arau-hauste sozialaren estrategiak Zuzenbide penalaren lehentasuna lekualdatzen du beste motatako erregulazioen alde. Beraz, azpimarratzen da tratamendu penalaren alde egin daitezkeen hautapenen artean bat besterik ez dela eta negatibotasun sozialaren edo jokabidearen gaitzespenaren beste esleipen modu batzuk izan daitezkeela.

---

(27) HOWE, A. (1987), "Social Injury Revisited: Towards a Feminist Theory of Social Justice", in *International Journal of the Sociology of Law*, 15. zk., 423-438 orr.

#### 4.

## *Emakumeen errebindikazioak Zuzenbide penalean sartzea*

Orain arte ikusitakoa ikusita, argi geratuko zen emakumeen errebindikazioak Zuzenbide penalean sartzea izan dela mugimendu feministan eztabaida gehien atera duen gaietariko bat. Eskuhartze penalaren eraginkortasunaren aurrean mesfidantza handia dago eta horretarako hainbat arrazoi daude, horietako batzuk jada aztertu ditugunak. Beste alde batetik, sistema penalak ez dirudi soluzioa ematen dionik planteatutako arazo horietariko bati ere eta horren eskuhartzearen zentzua sinbolikoa da materiala baino gehiago. Ezin ditugu ahortzi, bestalde, eraginkortasun ezaren arazoak, sistema penalak proposatutako helburretatik hasita. Sistema penalak ezin dio kalte ordaina eman biktimari eta egoera problematikoaren sorburu den gatazka ere ezin konpon dezake eta nolana ere den, justizia penalaren funtzionamendu normalak arazo berriak sortarazten ditu, hala nola zigor mekanismoen hedapena eta alderdien kriminalizazio-biktimizazioa.

Hori dena kontuan hartuta eta bukatzeko, proposamen batzuk aztertuko ditugu, zeinetan planteatzen baita nola hel dakiekeen emakumeen interesen eta sistema penalaren arteko harremani.

#### A)

### **JUSTIZIA PENAL BERRIA, JUSTIZIA "FEMENINO" BATEAN OINARRITUA**

Carol Gilligan-en (28) lanek eragina izan zuten laurogeiko hamarkadan pentsamendu feminista anglosaxoniarraren parte handi batean. Gilligan-ek bere *In a Different Voice* izeneko psikologi lan hartan, Kohlberg-ekin (29) eztabaidan, pertsonaren garapen moralaren etapa aztertu zituen. Bere azterlanean defendatzen du gizakiaren heldutasun moralerako ez dagoela bide bat eta bakarra eta etapen sekuentzia bat eta bakarra, Kohlberg-ek zioen moduan, bi baizik: maskulinoa bata eta femeninoa bestea. Alde horretatik, Kohlberg-ek sei etapa bereizten zituenean garapen moralerako, eta azkenekoa identifikatzen zuenean arazo moralak justizia unibertsaleko printzipioen argitan pentsatzearekin, maskulinoa den arrazo-

(28) GILLIGAN, C. (1982), *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge Mass.

(29) KOHLBERG, E. (1991), *Moral Stages: a Current Formulation and Response to Critics*, S. Karger, Kasel.

namendu moral bat unibertsalizatzen ariko zen. Beraz, arazo moral beraren aurrean gizonen eta emakumeen erantzuna desberdina izango zen, arrazonamendu moral desberdinak erabiliko zituztelako: etika femeninoa zaintzearen etika izango zen, eta maskulinoa, berriz, printzipioen etika. Zaintzearen etikak arreta jarriko zukeen gatazka bakoitzeko testuingurua ezagutzean eta inplikaturako pertsonak kontuan hartzean.

Teoria hau, emakumeen mugimenduaren barruan ere oso eztabaidatua izan dena, Heidensohn-ek (30) bere egin du eremu penalean proposamenak lantzeko. Haren asmoa da "justizia" hitzak eremu penalaren barnean emakumeentzat duen adiera argitzea. Dagoen sistema penala "Portia" kontzeptuak irudikatzen du eta "Persephone" deitu zaio emakumeen errebindikazioak bilduko lituzkeen ereduari. "Persephone" emakumeen justizi ereduak ezbaian jarriko luke zuzenbide maskulinoaren ereduak. Beraz, jarrera horretatik emakumeen interesetik ikusita sistema penala eraginkorrago egiteko ezinbestekoa litzateke era juridiko berriak finkatzea, "etika femenino" horri edukia emango lioketenak (31).

## **B)**

## **ZUZENBIDE SEXUATUA**

Tamar Pitch-ek ere eztabaida hau honela planteatu du: "guk emakumeok deseraiki behar ote dugu (eta deseraiki ahal dezakegu) zuzenbide maskulinoaren subjektua, berdintasun printzipioan oinarritutako politiken bidez ala zuzenbide femeninoaren subjektu bat eraiki gogo duten politiken bitartez?" (32).

Egile italiar horrentzat bi jarrera hauek ez daude kontraesanetan eta batak ez du bestea ukatzen. Abiapuntuko ideia da "desberdintasun sexuala" ez dela arazo biologiko edo ontologiko bat, politikoa baino, harreman eta eraikuntza sozial batzuk pribilegiatzen dituen.

(30) HEIDENSOHN, F. (1986), "Model of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice", *International Journal of Sociology of Law*, 14. zk., 287-298 orr.

(31) Justizia "femenino" baten ideia hori kritikatu izan dute, besteak beste, honako hauek: DALY, K. (1990), "Reflections on Feminist Legal Thought", *Social Justice*, 17. liburukia, 3. zk., 7-23 orr.; SMART, C. (1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, New York.

(32) Frantsesetik itzulua, in PITCH, P. (1992), "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée", *Déviance et Société*, 16. liburukia, 3. zk., 265. orr.

---

Horren argibide gisa egileak gogorarazten digu Italian bortizkeria sexualaren kontrako le-  
gearen gainean izan zen polemika. Alde batetik, mugimendu feministaren barnean eratu ja-  
rrera batek eskatzen zuen bortxaketa pertsonen kontrako bortizkeriazko egintza larritzat  
har zedila. Beste alde batetik, beste emakume batzuek nahi zuten bortxaketaren izaera se-  
xuala mantentzea. Lehenbiziko jarrera berdintasunaren aldeko politikari legokieke,  
Zuzenbide penalaren arrazionalizazioan, emakumeentzako arau bereziak edo babestaile-  
ak ezabatuz. Bigarren jarrerak, desberdintasun sexualaren ideian oinarritzen denak,  
Zuzenbide penala kritikatu du emakumeen eta gizonen arteko gatazkak konpontzeko gai  
ez delako. Jarrera horren iritziz, helburua litzateke bortxaketa Zuzenbide penalaren bidez  
zehatzea, baina horri erantsiz Zuzenbide femeninoaren gune bat, emakumeen ukiezintasun  
fisiko eta psikikoaren printzipioen konstituzionalizazioari legokiokeena.

Zuzenbide sexuatuva praktika politiko bat da, zuzenbidean subjektu femenino bat eraikitzea  
inplikatu duena (auzitegietan, abokatuen eta haien bezeroen artean harreman pribilegia-  
tuak ezarriz; auzitegietatik kanpora erantzukizun indibidualak eta kolektiboak bereganatuz  
arau-hausteen eta arau-hausleen aurrean, hitz batean esateko, definizioen eta pertzepzioen  
aldaketan laguntza emanez. Praktika politika hori, bestalde, bateragarria izango litzateke  
berdintasun printzipioarekin eta indartu ahal izango da, emakumeek emakume izateagatik  
(abortoaren kasuan bezala) dituzten eskubideak eratzkitzen dituzten arauak sartuz.  
Zuzenbide sexuatuari buruzko ideia hauek eta Lia Cigarini abokatu italiarrak defendatu di-  
tuenak antzekoak dira. Emakumeek Zuzenbidearekin dituzten harremanetan lehentasuna  
ematen dio Cigarinik "prozesuaren praktika" deitzen duenari, hau da, arau juridikoa baino  
harantzago joatea proposatzen du eta politika feministak praktika juridikoetara eramatea  
(emakume abokatuen arteko loturak, abokatuen eta bezeroen artekoak, abokatuen eta epai-  
leen artekoak, etab.). Bilatu nahi da emakumeen interesak praktika juridikoan isladatzea.  
Honela dio: "Pentsamendu politiko eta juridiko maskulinoa katigatuta gelditu da berdinta-  
sun-desberdintasun erlazio horretan, zenbakizko demokraziaren funtzionamenduan, eskubi-  
deak hedatzean, baina hori dena betearazteko tresnak eta erakundeak sortzeko ahalmenik  
gabe, halatan non eskubide aldarrikapenak egiazkotasunik ez duten. Eztabaida, beraz, ire-  
ki-irekia dago eta emakumeen elaborazio juridikoa benetan baliagarria izango da gizo-  
nentzat eta emakumeentzat" (33).

---

(33) CIGARINI, L. (1995), *La política del deseo*, Icaria Arg., Bartzelona, 114. or.

---

**EMILIO OLABARRÍA MUÑOZ**  
**Botere Judizialaren Kontseilu**  
**Nagusiko batzordekidea**

*Bortizkeria*

*eta tratu*

*txarrak*

*familian*

---

Emakumearen arazoa Kode Penalaren aldetik aztertzeke, konplexuak bezain murriztaileak diren indar batzuk aztertzeke hasi beharra dago.

Lehenik eta behin etxeke kontrolarekin topo egiten dugu, neska gazteek izaten dituzten hezkuntza ezberdina eta kontrola, haien mugikortasuna mugatzen duten faktoreak dira. Neskak etxeratzeke ordutegia mutilena ez bezalakoa izatea, neska norekin eta nora doan azaldu beharrean aurkitzea, haren sexualitateak gurasoengan kezka gehiago sortaraztea, e.a., hori guztia guraso askoren kontrol zorrotzagoaren justifikagarria da.

Bestalde, emakume helduari ere gertatzen ahal zaio burujabetasun ekonomikorik gabe aurkitzea, hainbat arlotan senarraren kontrolpean egotea etxeke esparruan, diru kontuetan zikoizkeria, etxetik irtetzeke eta sartzeko debekuak, denbora librearen kontrola eta azken buruan tratu txarrak eta jipoiak. Etxeke bortizkeria ez da halako edo bestelako famili edo es-tratu sozialaren ezaugarria.

Arazo honen arazoia gizonaren edo emakumearen trastornoetan bilatu izan ohi da, gizonaren estresaren nahiz alkoholaren ondoriozko bortizkeria emazteak jasaten du, ez halako edo holako ezagun batek, edo adiskide, familiar edo laneko nagusiak. Ordena sozialak baimena ematen du edo errazten bederen, arlo publikotik pribatura desbideratzeko frustrazioak sortarazitako agresibitatea. Honetaz bada pentsatzen duenik horrek jende frustratua sistema sozialaren ordena eta funtzionamendua asaldatzen ez duen esparrura bideratzen duela. Baina ez da kontrol sozialerako faktore bat huts-hutsik.

Azterlan feministek betidanik egon dira fenomeno horien oinarrian ezaugarri pertsonalak bakarrik ikustearen aurka eta, aitzitik, haien arazoia emakumearen menpekotasuneko egoeran ikusten dute, horrexek egiten baitu emakumea agresibitatearen eta tratu txarren helburu.

Menpekotasuneko egoerara eramaten du baliabide ekonomikorik ez izateak, baina horrekin batera dago halako ideologia bat, gizonezkoen nagusitasuna goraiatzen duena. Gizonezkoen nagusitasunaren ideologia bultzatzen du pentsatzeak gizona bera dela lan egiten duen bakarra (emakumezkoa etxeke zereginetan), gizonaren lana dela inportantzia duena (lan ordaindua izatea), eta gizonezkoa dela kanpoko munduarekiko harremanak izateke gai (emakumea, ordea, beti da halakoaren emaztea), e.a.

Gizonezkoak ematen duen segurtasun ekonomikoaren ordainetan emaztea prest egon behar du kontratuan tokatzen zaion zatia betetzeko, Smart-en hitzetan esateke, zainketa eta sexua. Itzaropide horiek zapuzten direnean sortzen dira batzuetan bortizkeriazko leherketak. Ez da bakarrik emakumeak bere partea bete behar duela ontzat jotzea, gainera uste

da gizonak behar duela egoera hori lehengoratu eta bortizkeria portaera baliagarria dela. On litzateke ikertzea nondik heldu den ideia hori, zera, gizon partikularrak emaztea zigortzean eskubide bat ezezik betebeharrak bat betetzen duela dioena, izan ere ideiak ez dira besterik gabe berez sortzen, eta ideien sorreran eta iraupenean aztertzen dira eta gaitzesten Zuzenbideak emititzen dituen mezu sinbolikoak.

Antolamendu juridiko tradizional osoa lagungarri izan da ideia hori indartzeko, alegia, senarra dela emaztearen zaintzailea, arduraduna eta ordezkaria. Eta orobat Zuzenbide penala. Izan ere, Zuzenbide penalean 1963a arte iraun zuen uxorizidioaren figura, zeinen arabera senarrak eskubidea baitzuen emaztea adulterioko harremanetan harrapatuz gero biak hiltzeko. Onartzen zen desherriratzeko zigorra, homizidio edo parrizidioaren baino maila apalagokoa, ez zelako inolako inhibizioa, eta aitzitik nolabaiteko gonbitea zelako bi gizaki garbitzeko.

Komeni da azpimarratzea uxorizidioaren erregulazio haren bitartez Estatuak senarraren esku uzten zuela zehapen ahalmena (indarkeriaren monopolioa Estatuari dagokio, horixe baita hura legitimatzen duten tresnetariko bat).

Uxorizidioa kendu egin zen, baina senarrak emaztea zehatzeko eskubidea zuelako ideak iraun egin zuen beste mekanismo batzuei esker, bereziki Kode Penaleko 8/11 artikuluan aurreikusitakoa, zeinek onartzen baitu "bere eskubideaz baliatuz" edo eginkizunen bat betetzearren, arau-hauste penalen bat egiten duena zigorgabetzea. Salbuespen horri eusten dio Kode Penal berriak esamolde hau erabiliz: "eginkizun bat betetzearren edo eskubide batez baliatzearen diharduena", baina zuzenbidez zilegitzat jotzeko argudio horrek dagoeneko ez du baliorik.

Zeren, emazteari tratatu txarrak ematen zizkion senarrak erabiltzen zuen eskubidea 1975era arteko Kode Zibilak ematen ziona baitzen, bertan ezarrita baitzegoen emazteak obediencia zor ziola senarrari, hortaz, horrekin batera zehapen eskubidea ere bazuela zirudien. Arrazonamendu horren babesgarri zen "emakumeen eta haurren" arteko ohizko parekatzea. Semeak bezala, emakumeak ere aitaren (edo obeditzen ez bazuen, senarraren) zehapena izan zezakeen.

Arrazoitzeko modu horrentzat, eztabaidatzen zen bakarra zen eskubide horren erabilpeneko mugak non ziren erabakitzea. Zuzenbide penala ez zen ikusten emakumeak nozitutako bortizkeria zigortzeko, baizik bortizkeria horri neurriak jartzeko eta horrela ez da bate-re harrizkekoa senar batzuk, borondate onekoak baina zuzenbidearen ulertzaile ez oso iaioak, okertu izatea eta emaztea egurtzeko zaletasuna erakustea.

---

Arrazonamendu hori ez da horren zaharra, Zuzenbide penaleko eskuliburuetan ere oraintsu arte azpimarratu behar izan dute senarrak ez duela inolako eskubiderik emaztea zehatzeko, eta horrela, etxeko bortizkeria delitutzat jotzen zuen 1989ko erreforman garbi zehaztu zenez: "ohituraz edo edozein helburutarako bortizkeria fisikoa zerabilenak..." hitz horiekin tratu txarren justifikazio gisa ustezko zehapen eskubide oro baztertzen zen.

Beharrik, Kode Penal berriak zigortzen duen bortizkeria fisikoa erabiltzen duena bere ezkontidearen edo bizikidetasunezko harreman berdintsuarekin lotura duen pertsonaren kontra. Kendu egin da "edozein helburutarako" esamolde aztoratzaile hura, baina delitua erregulatzen du halamoduzko erredakzio neutro batekin, zeinek bide ematen baitu abantzu, emakumeen kontrako tratu txarrak gizonezkoek nozitzen dituztenak adinakoak direla pentsatzeko.

Legearen erregulazio oker horrek pentsarazten zuen etxean Estatuaren ordezkariak senarrak zuela, eta horren lagungarri izan ohi zen delitu horien aurrean poliziak ez-ikusi egiten zuela, etxeko bakea ez hondatzearen, eta epaileek ere ez zutela seriozki hartzen. Horiek horrela, ez da harriztekoa mezua izatea bortizkeria pribatua ez dela publikoa bezain larria.

Beraz, ideia batzuk babestuak zeuden, hala nola, etxeko esparruan zehapen boterearen ordezkariak senarrari zegokiola. Jokabide horren lagungarri zen aurretiaz "pribatutzat" jotzen diren esparruetan eskuhartzeko botere publikoek izan ohi duten joera.

Bestelako kontrol mota bat da kontrol medikoa. Aldrebeskeria badirudi ere, eskuhartze medikoa kontrol mota bat bezala katalogatzea, horrelako zerbait badago, tratamendu medikoak arazoa indibidualizatzen duelako, arazo publikoa den zerbait gai pribatu bat bailitza agertarazten baitu. Sendagileak ohituta daude patologia indibidualak tratatzera, oinarri biologikoak edo psikosomatikoak bilatuz.

Horren erantzunari jarraikiz ezartzen dira botikak, erantzuna eritasun edo adimen arazo bezala deskribatzen delarik.

Emakumeak frustrazio ugari zenbait patologitan bideratzen ditu, laguntza medikoa dela medio egoerari egokitu, egokitzen zaio, baina ez dio buelta ematen, eta batzuetan gainera, tratamendu medikoak arazoa natura biologikoaren ondorio gisara agertarazten du.

Smart-ek, berriro ere, erne jartzen gaitu emakumeenganako eskuhartze mediko gero eta usuagoaren aurrean, eskuhartzea emakumeen gorputzean, umekiaren eskubideen aldeko mugimendua, Kode berriak delitutzat jotzen dituzenez umekiari egiten omen zaizkion lesioak, bidea ematen du emakume erretzailea auziperatzeko, eta orobat, arrotz baten hazia

---

bereganatuz intseminazio artifiziala erabiltzen duen emakumea,<sup>5</sup> ama horiek eta "alkilerreko amak" zigortu egiten dira, e.a. Prozesu hori eztabaidatzea zaila da medikuntzaren, osasunaren edo zientziaren izenean burutzen baita.

Diskriminazio eta kontrolaren beste eremu bat da lan arloa, oraindik ere nabarmentzen dena kontrataziorako zailtasun handiagoan, soldata txikiagoetan eta "lanaldi bikoitzean". Diskriminazio horrekin batera ikusi da emakumezko langileek daukaten arazo berezia: jazarpen sexuala lan munduan eta filme ezagun bateko tesiaren arabera gizonek ere nozitzen omen dutena.

Jokabide horretan emakumeek lortu behar izan duten aurreneko gauza izan da gizartean eta juridikoki kalte gisa agertaraztea, jazarpen sexuala ez dela puritanismoaren kontua ez eta neurritz gainera zer baita, aitzitik jokabideetan murriztapena, arazo psikologikoak (beldurra, jazarpena gero eta handiagoa edo publikoa ez ote den egingo) eta noizean behin ondorio kaltegarriak ere bai (lanetik botatzea, igoerarik ez izatea) sortarazten dituen. Horrek guztiorrek behartzen gaitu jazarpena arazo sozial bezala ikertzera eta jazarpen sexual hori hierarkiaren ondorena dela mantentzera.

Jazarpen soziala arazo sozial bihurtu zelarik, demandak jartzeari ekin zitzaion jokabide horiek zehatzeko. 1989ko erreformak jokabide horiek zigortzen ditu funtzionarioak zirenean horien egile (383-84 art.). Kode berriak, gehiegikeria eta eraso sozialei dagokienez, erabiltzen duen formula da zigorraren modalitate larriena jartzea erasoaren biktima, duen egoeragatik, bereziki babesgabea denean. Egoera bat problematikoa dela aitortzeak ez du esan nahi, ordea, Zuzenbide penala dela soluzioa emateko modurik egokiena.

Kontrolaren beste esparru bat da kontrol publiko lausoa. Eremu publikoetara ez dira modu berdinean iristen, ez kopuru berean ere, gizonezkoak eta emakumezkoak. Emakumeek, eskuarki, zailtasun gehiago dituzte eremu publikora iristeko, dela lan bat, dela adierazpen bat edo parlamentuko bilkura bat.

Ikuspegi feminista batetik baieztatzen da emakumeek oztopo gehigarri bat dutela toki publikoetara iristeko, eraso sexualen biktima izatearena, alegia. Hortaz, emakumeei zenbait tokitan eta ordutan sartzea debekatu beharrik ez dago, bera baita nahi ez duena, eta zentzu horretan Edward-ek dio emakumea militarren harako "etxeratze-agindu sinbolikoaren" menpe bizi dela.

Modu maltzurrago bat bada emakumeari zenbait toki eta jokabide publikotara sarbidea galarazteko, ospea, hain zuzen.

---

Zenbait toki eta jardueratan sarbidea oztopatzeko modu bat da horiek ontzat edo txartzat jotzeko ahalmena kontrolatzea. Gehien harritzen duena da emakumeen ospea kontrolatzen duena gizonezkoa izan ohi dela eta funtsean ospe hori emakumeen jokabide sexualaren arabera zehazten dela.

Ospeak zehaztea jokabideak kontrolatzeko modu bat da.

Ospearen arazoa ez da gainditua dagoen zerbait, garrantzirik ez duena, itxura soilekoa; izan ere, bortxakeria baten biktima egokia izateko ez dago zertan halako bizitza "lizunik" izan behar aurretik, haur-hilketa baten egile izateko ohorea behar da (bere desohorea ez-kutatzearen haur jaio berria hiltzen duen ama bat zigortua izango da kartzela arinarekin), parrizidioa kartzela larriarekin, homizidioa atxilotze arinarekin. Kode Penal berriak homizidio delitua besterik ez du aurreikusten eta kualifikazioaren egoeretan, zorionez kontuan hartzen den bakarra da biktima familiaren aldetik errudunaren aurrekoa edo ondorengoa den, eta besterik ez.

Seme-alaben zaintza eskubidea izateko ospe ona izatea nahitaezkoa da.

Ospe onak eragina du emakumearen bizitzako hainbat alderditan, hala eta guztiz ere, ospe ona markatzen du ez bakarrik egiten denak, baita esaten denak ere, eta emakumez mespretxuz hitz egiteko moduko hitzak baditu edozein hizkuntzak.

Hizkuntzaren ezaugarrietako bat da emakumeak edo ez daudela edo isilpean aurkitzen direla (formula neutroak erabiltzearekin) eta presente daudenean ere erabiltzen diren terminoek edo sexuarekin dute zerikusia edo arinkeriatan erortzen dira.

Hizkuntza arloko diferentziak ez dira emakumez aipuk egiten direnean bakarrik agertzen, gizonen eta emakumeen artean ere gertatzen baitira hizkuntzaren erabilpenari dagokionez.

Orain arte aztertu da kontrol ez-formal horrek nola baldintzatzen duen emakumeen jarduketarako ahalmena. Hala ere, kontrol ez-formala alde negatibotik bakarrik aztertzea, ezabatzen, eragozten eta baztertzen duen zerbait bailitzan, mugapen bat da.

Kontrol ez-formalak, Foucault-en esanetan, eraiki ere eraikitzen du.

Simone de Beauvoir-ek zioen inor ez dela emakume jaiotzen, egiten baino. Horrekin esan nahi zuen emakumearen eta gizonen arteko diferentzia biologikoek ez dutela maskulinitasuna eta femininitasuna edukiz betetzen. Seme-alabak emakumeak izan beharra izadiak agintzen du, ez ordea, hark zaindu behar dituela. Diferentzia biologikoek ez dute argitzen emakumeak zergatik kobratu behar duen gutxiago, zergatik egiten dituen etxeko lan gehienak (etxetik kanpo lan egiten badu ere), zergatik dagoen moraltasun bikoitz hori (biguna-

goa gizonekiko), zergatik horrenbeste neke edertzeko eta zergatik dagoen horren lotua afektuen munduari (intuikorra, txukuna, onbera, ez erasokorra).

Bi esferen ideologiak bide eman zuen emakumea eremu pribatuari esleitzeko (etxeko lanei, haurtzaintzari, gaisoen eta zaharren zaintzari).

Ettxeko eremuari esleitze hori eginik, horren goraiapamena egiten zen hala nola emetasuna, egonarria, goxotasuna, ulergarritasuna, hain justu alde zurretik leporatu zitzaizkien zereginetarako egokienak zirenak.

Emakumeak balore eta zeregin horien barnean sozializatzen direla esaten da eta azkenik emakumeak "doain naturalak" dituela esanaz bukatzen da. Gizartean sortu den genero kontzeptua desegiten da eta lehengora itzultzen da, hots, izadiak eta biologiak eratutako izakia dela baieztatzen. Honako hau genero ideiarekin bidez adierazten da, sexua biologikoki zehaztua dagoen bezala, generoa edukiz hornitzen da sozialki, generoa ez da gertaera naturalizat hartu behar.

Pentsatzekoa litzateke bi genero izatearekin ez dela deus makurrik gertatzen, lan eginkizunen banaketa bat bezala, baina kontua da berdintasuna ez dela gordetzen gai honetan.

- Lan hori ez da baloratzen, ez da lan bezala hartzen, etxeko lanak dira, ordaindu gabekoak eta independentzia ekonomikorik ematen ez dutenak.
- Gizartean lan hori guztiz iluna da, emakumeen autoestimua beheratzen duena.
- Lan hori lege arautegitik kanpo gelditzen da, zeinetan ez baita aitortzen interes kontrajarriak egon daitezkeela familiaren barruan (lanaldiak, eritasuna, ezintasun fisikoak, oporrak), eremu pribatua arlo sakratutzat jotzeaz konpontzen da afera.
- Lan horrek, sexuaren arabera, jarduteko ahalmena eta norberaren errealizazioa mugatzen ditu, ez da aukerarik ematen, haurtzarotik bide bata edo bestea hartzeri beharrik baikaude.

Zuzenbide penalak erabiltzen duen kontrola ez da hartu behar emakumeei buruzko kontrol ez-formalarekin ikustekorik ez balu bezala. Bada loturarik Zuzenbide penalak babesten duenaren eta gizartea egituratzeko moduen artean.

Azterlan feministen aldetik hiru akats leporatu zaizkio Zuzenbide penalari:

- Emakumea biktima duten delituen erregulazio eskasa.
- Emakumea babesteko eredu penalen aski eza.
- Auzitegietan emakumeen kontrako zenbait delitu gaizki zehatzea.

1989ko erreformetan eta oraingo honetan egin diren kritika horiek hein batean arintzeko.

---

— Askatasun sexualaren kontrako delituak, 1989an eta orain ematen den argudioa da delitu pribatuak direla. Abusu eta eraso sexuales erasotuaren salaketa eskatzen dute, eta adin txikikoa denean soilik esku har dezake Ministerio Fiskalak, eta laidoa jasandakoaren barkazioa onartzen zen, 1989an, baina ez orain zorionez.

Irakur daitekeen mezua da emakumearen kontrako delitua, gainerako delitu publikoak ez bezala, ez dela gizartearen kontrako delitua edo Estatuaren interesentzako ez dela behar bezain larria.

Feministen artean, bestalde, bada iritzi bat, zera dioena, delitu sexualak delitu publikotzat hartzea ez dela emakumeen garaipen bat, ikusirik poliziaren jarrera, biktimen moraltasuna aztertzen duen auzitegiak ematen dien tratua (biktima aproposa den ala ez frogatzeko), horien erresistentzia (biktima errugabea den ala ez frogatzeko), emakumearen lekukotasun soila izanez gero zigorrak jarri nahi ez izatea, e.a. Batzuetan esperientzia horiek mingarriak dira emakumearentzat, epaitua bera dela baitirudi.

Laidotutakoak erasotzailea barkatzea eliminatu egin da, doktrina penalista osoak eta sektore feministek onetsi duten bezala, eta eliminatze horren arrazoia izan da biktimak presioak izan ditzakeela berari egin laidoa barkatzeko (barkamen salmentak). Bada pentsatzen duenik barkamenaren instituzioa aintzakotzat hartu beharko litzatekeela, alabaina eraso sexualen portzentaje handi bat ezagunen artean gertatzen denez, emakumeak rol aktibo bat jokatzeko gai izan behar du, salaketa egin ondotik bere kasuaren ikusle huts izan gabe.

— Ez da onartzekoa emakumearengan presio egitea, nahiz eta hori gerta litekeen barkamena eliminatu arren, izan ere presio egin dakiok bere lekukotasuna alda dezan, nahiz eta Zuzenbide penalak larderia hori zigortzen duen biktimaren lekukotasuna ez eliminatuz, eta era berean zigortzea merezi zuten barkamena emateko egindako presioek ere.

“Barkamenen salmenta” esamoldeak zentzu txarreko irudia ekartzen digu, baina arrazoizkoa izan daiteke emakume batek ordain ekonomikoaren eta erasotzailea kartzeleratzearen artean lehenbizikoa hobestea, edo emakumea kartzeleratzearen aurkakoa izatea.

1989ko erreforman aurreko erredakzioaren ordean (emakume bat haragizko harremanetan behartzen duena) beste formulazio neutro hau onetsi zen (bortxaketa egiten du beste pertsona bat haragizko sarbidean behartzen duenak). Egungo Kode Penalak “nomen iuris” horri uko eginez, eraso sexualetan “haragizko sarbideaz” mintzo da, objektoak sartzeaz edo aho nahiz uzki-penetrazioaz (12 urte arteko zigorra).

Onartzen da emakumea subjektu aktiboa izan daitekeela eta gizona subjektu pasiboa.

---

Erreforma hau ez dute feminista guztiek gorai patzen, behiala Kanadan egin zutenaren antzekoa. Haien ustez Zuzenbide penalak, berdintasunaren logika juridikoari jarraikiz eta genero neutro batetik abiatuz, ilunpean uzten baitzuen bortxaketa genero batek bestearen kontra egiten duen delitu bat dela.

Bortxaketa normatik egiten ahal du, horixe da Kode Penalaren mezua eta ez du argi uzten gizonetzkoak direla emakumeen kontra egiten dutenak.

Genero neutroak ezkutatu egiten du bortxaketa zer den eta zer ez den ikuspegi maskulinoetik neurtzen dela.

Bortxaketaren definizioak (gaurdaino) esan nahi du gizonaren organo sexuala sartzea, indarrean zegoen zuzenbidean, eta bestelako objektuak sartzeari sexu-eraso deitzen zitzaion. Bereizketa hori erabat zentzuzgabetzat jotzen zen eta egungo Kode Penalak ez du horrela jaso.

Pornografiako delituei dagokienez txalotu egin zen 1989ko murriztapena, hots, jokabide horiek zigortzekoak direla 16 urtez behokoekin edo adimenez atzeratuekin egiten direnean, eta Kode Penal berriak ere horrelaxe jaso du. Feministen artean ez da hainbesteraino txalotzen eta isladatzen dute pornografiak duen ondorio kaltegarriak emakumeen irudietan. Pornografiak emakumea degradatzen du, bortizkeria plazerraren mota bat bezala legitimatzen du, eta menpekotasuna eta botere diferentziak erotizatzen ditu.

Azpmarratu nahi da Kode Penalaren mezu sinbolikoa, ulertzen duelarik babestekoak diren biktima bakarrak adin txikikoak edo adimenez atzeratuak direla.

Proposatu da Holandako Kode Penalaren aurreikuspena hedatzea, zeinek zigortzen baititu arraza, erlijioa eta sexua dela-eta pertsona taldeen kontrako gorrotoa, diskriminaziozko tratu eta bortizkeriazko ekintzak sustatzen dituzten irainak. Dena den diskutigarria da pornografiaren kontsumitzailea bortxatzaile bihurtu daitekeela beste pertsona batzuek baino errazago.

Prostituzioaren arloko delituez denaz bezanbatean, Kode Penalean egin diren erreforma horietan ez da deus aldatu eta esan behar da Zuzenbide penalak garrantzia duela bai jasotzen duenari dagokionez bai bazter uzten duenari ere.

Espainiako Zuzenbide penalean prostituzioa deskriminalizatu dago, ikuspegi liberalarekin ados dagoelarik, zeinen iritziz prostituzioa "biktimarik gabeko" delitu klasikoetariko bat baita.

---

Hala eta guztiz ere, analisisa hori baino gorapilotsuagoa da, biktimarik gabeko delitua gezur hutsa da eta adierazi nahi da prostituzioan diharduen emakumea bi aldiz dela biktima, alde batetik egoerarena eta bestetik erregulazio ezarena.

Horregatik, Kode Penal berriak zigortzen du 18 urtetik beherako pertsona baten prostituzioa suspertu, lagundu edo bideak errazten dituen edo 18 urtetik gorako pertsona bat behartzen duena —adibidez, haren behar gorria aprobetxatuz— prostituzioan jardutera edo hartan irautera haren borondatearen kontra.

Horrekin saihestu nahi da gizartean izan ohi den itxurakeria, ez kriminalizatzea eta aldi berean legez kanpo uztearen alde azaltzea. Ez legeztatzeak zera dakar, alegia, emakumeak nozitu behar duela legearen aldetik babesik ez izatea eta desohorean iraun beharra, eta egoera horrek ez dio mesede makala egiten bezeroari, kriminalizazioaren kargatik bezala legeztatzearenetik ere libratzen delako.

Emakume feministen kritikaren xede izan da, halaber, Zuzenbide penalak emakumeari eskaintzen dion babes eskasa, delitu gisa ez dituelako zigortzen harentzat kaltegarri diren hainbat jokabide.

1989ko erreformak hein batean erantzun bat eman zion eskari horiei, berrikuntza gisa etxeko bortizkeria delitu gisa sartuz (lehen hutsegitea zena) bai eta pentsioak ez ordaintzearen tipo penal berria ere.

Kode Penalak zigortzen du ezkontidearekin edo bizikidetasun harreman antzeko batez loturiko pertsonarekin bortizkeria fisikoa erabiltzen ohi duena, eta orobat, haren edo ezkontide nahiz bizilagunaren seme-alabekin, gurasoekin edo ezinduekin. Zigorra 6 hilabetetik hiru urtera artekoa izango da, egindako kaltearengatik legokiokeen zigorra kontatu gabe. Halaber, zigortzen da hiru hilabete segido edo sei txandakatuta, edozein prestazio ekonomiko, ezkontidearen edo seme-alaben alde hitzarmen nahiz ebazpen judizial bidez ezarritakoa, ez ordaintzeagatik. Horrelakoetan 6 hilabetetik 22ra arteko isuna jarriko zaio.

1989ko erreformaren ordoren sortu den arazoa da lege arau horiek ez direla aplikatzen eta horrek zenbait esparrutan eszeptizismoa areagotu besterik ez du egin Zuzenbide penalerantz jotzeari dagokionez eta hainbatek pentsatzen du Zuzenbide penal gehiago izateak ez dakarrela ezinbestean aplikazio hobirik eta babes handiagorik.

Elkarte feministek aldarrikatu dute zernolako kontraesana dakarren aurrerazale izateak, alde batetik zigor txikiagoak eskatzen dira, kartzela arinagoak eta bestetik kartzela gehiago, kondena luzeagoak, kalera ateratzeko baimenak kentzea, eta kontua da beste nazio

batzuetan egin diren antzeko erreformatan talde feministek zigor txikiagoak eskatu dituzte-  
la, betearazteko errazagoak direlakoan.

Bortxaketa eta tratu txarrak bezalako delituetan, estereotipoen eta konbentzio sozialen ga-  
rrantzia azpimarratu da legea nola aplikatzen den eta nola aplikatzen ez den aztertzean.  
Aagian arazoa ez da Zuzenbide penal gehiago edo gutxiago izatea.

Etzeko bortizkeriaren esparruan zalantzak daude Zuzenbide penalaren eskuhartzea era-  
ginkorra den esateko garaian eta hainbat arrazoi ematen dira, adibidez:

— Instituzio legalen asmoa bereziki famili unitatea babestea dela-eta, hor porrot egiten du  
emakumearen balio bikoitza ulertu ezinez eta gainera arauk ere ez dietelako oinarritzko  
beharrei erantzuten, esate baterako, erasotzailea bien etxetik egotzi edo emakumeari etxe-  
bizitza berria eta babesa eskaintzea, eta arazo horri ez dio irtenbiderik ematen Kode Penal  
berriak.

Arazoaren muina da ikustea nola tratatzen eta nola aurkezten duen emakumea Zuzenbide  
penalak, gizonezkoen tresna den ala ez, sexismoa barneko fenomeno bat ote den —fun-  
tsezkoa eta ez azalekoa—, eta Zuzenbideak gizonezkoen erara tratatzen eta ikusten ote di-  
tuen emakumeak.

— Legezko eredu batzuk asmatu diren moduagatik, badirudi gizonezkoen iritzia isladatzen  
dela emakumearen gaineratik.

Horrela gertatzen zen hainbat deliturekin, hala nola, abortua, haur-hilketa, familia abando-  
natzea ohoreagatik, horien kasuan zigor arintze bat aurreikusten zela, bere ohorea defen-  
datzeagatik jokabide hori izan duen emakumearentzat. Eredu penal arindu horiek gaur  
egun desagertu egin dira Kode Penal berrian, baina oraindik ere hortxe dago bere ohore-  
az kezkatu dagoen emakumearen irudia, jaio berria abandonatu, edo abortatu edo hiltze-  
rainoko kezka duena (jurisprudentzian agertzen zenez, haur-hilketaren eredu pribilegiatua  
ez zen aplikatzen lehendik ohorea galdua zuen emakumearen kasuan, esate baterako ez-  
kongaietan seme-alabaren bat izan bazuen).

Ilunpean utzi nahi da emakumea bere ohoreaz kezkatzen dela gizarteak bere jokabide se-  
xualaren arabera banatzen dituelako emakumeen ohorea eta ospea.

Zuzenbide penalaren adierazteko modua ere maskulinitzat jo daiteke, nahiz eta modu neu-  
troan formulatua dagoen.

Literatura anglosaxoniarra eztabaidatzen ari da tratu txarrak nozitu eta urteetan jipoituak  
izan ondoren beren senarrak hil dituzten emakumeei zilegizko defentsako eskubidea apli-  
katu behar zaienez. Horrelako kasu batzuk badira Estatu espainarrean.

---

lduri du, printzipioz, ez legokeela oztopo larriegirik zilegizko defentsa aplikatzeko kasu horietan.

Baina ez da horrela, baldintza batzuk eman behar dira, adibidez eraso noiz gertatzen den, izan ere defentsa eskubidea eraso gertatzen denean erabil daiteke, bestela ez da zilegi, eta jakina, indarren proportziorik eza ikusita emakumearen defentsa ez da orduan gertatuko, ondotik baino edo bestela hurrengo eraso gertatu aurretik.

Erantzuna arrazionala izan behar duela dioen baldintza (oraingo Kode Penalak halaxe eskatzen baitu) zailtasunez bete da.

Arrazionala izateko erasoaren adinakoa izan behar badu, erantzungo da heriotza ez dela integritate fisikoaren kaltearekin alderatuta erantzun proportzionala. Zalantza sortzen da galdetzen badugu emakumeak ba ote duen ezer irabazteko aukerarik erantzun proportzionala erabili nahian badabil, eta behar bada defendatzeko aukera bakarra ez ote den neurri gogorrago bat erabiltzea senarraren indar handiagoa garaitzeko, eta zein erantzun arrazionala eman dezakeen komisaldegian hainbeste salaketa jarri ondotik, hainbeste urte-tan mehatxuak jaso eta gero, senarrak seme-alabak kentzeko beldurraren aurrean.

Adibidetzat jartzen zen senarra hiltzen zuen emazteari jartzen zitzaion zigorra handiagoa zela alderantziz gertatzen zenean jartzen zena baino, eta kontrakoa, parrizidioaren kasua, gaur egun Kode Penaletik desagertu dena, homizidioaren modu kualifikatu bat da biktima guraso, seme-alaba edo ezkontidea izatean.

Horrela gertatzen zen neurri handi batean aringarrien eta astungarrien jokoarengatik. Zigorra jartzeko parametrotzat hartzen da, besteak beste, arrazoietan eta adierazpenetan gertatzen den injustizia: ez zituela lanak egiten langabezian egon arren, desleiala zela, ezkontza betebeharrari uko egin ziola, eta horrelakoetan senarrak nola-halako arrazoiak aurkitzen ditu bere egitatea justifikatzeko eta epaileari bere egintzaren nolabaiteko arrazionaltasuna adierazteko.

Emakumearen portaera gobernatzen duten estereotipoek ez diote bere egitatei arrazionaltasunik ematen.

Engainatutako gizonak bere gizentasuna defendatzeko eskubidea omen du, eta aldiz, hori bera ez da baliagarria emakume engainatuarentzat. Itsualdiak gizonarengan gertatu ohi dira eta premeditazioa aldiz emakumeari dagokio.

Baieztaatu izan da, Zuzenbide penalean diren balore garrantzitsuak, inpartzialtasuna, objektibotasuna, jakinmina, funtsean balore maskulinoak direla.

---

**MERCEDES PÉREZ MANZANO**

**Madrieko Unibertsitate  
Autonomoko Zuzenbide  
penaleko irakasle  
titularra**

*Ezkontidearen  
edo/ eta seme-  
-alaben aldeko  
prestazio  
ekonomikoari ez  
ordaintzea*

## 1.

Doktrina penalak gogor kritikatu zuen pentsioak ez ordaintzearen delitua 1989ko Kode Penalean sartu izana, eta alegatzen zuen ez zela zilegi 487. bis artikulua erregulatutako aginduaren eraketa espezifikoa ez ezik, ez eta eskuhartzen penala bera ere, hots, ez ordaintzearen kriminalizazioa (1). Argudio horiekin bat egin du Zuzenbide penalaren gainean (2) halako generoaren azterketa baten inguruan erabili den beste batek. Bertan baieztatzen da sistema penalak duen neutraltasun falta ez dela konpontzen emakumeak babesteko arau penalak (3) sobera ugalduz, hau da, bidea ez dela emakumeak biktima bihurtzen duten erasoak tipifikatzeko delituak, sexu baten besterekiko menpekotza erlazioen adierazpen direnak, sortaraztea. Geroago jorratuko ditugun kritika horiek guztiek zinez kezka-garria den errealitate soziala lausotu besterik ez dute egiten.

Legeria modu arrazionalen erabiliko bada, aurretik, errealitatea, hertsapen penalaren birtartez ekidin nahi den jokabidearen eragin soziala erakusten duena, aztertu behar da. Hortaz, ordaintzen ez diren prestazioen kopuruari buruzko estatistika orokorrik izan ez arren, maila nazionalen aplikazioak litzekien datuztat hartuko ditut Sillero eta Lorenzo irakasleek, Andaluziako Emakumeen Institutuaren laguntzarekin, 1992 eta 1993an Malagan epaitutako kasuei buruz egin duten azterlanetik atera ditugunak (4).

---

(1) BOIX, in: *La reforma penal de 1989*, 1989, 172. or. eta hurr.; GARCÍA ARÁN, in: *La reforma penal de 1989*, 1989, 118. or. ; GÓMEZ PAVÓN, "El impago de pensiones alimenticias" (K.P.eko 487. bis art.). Su posible inconstitucionalidad, *CPC* 1991, 308. or. eta hurr. Ñabardurak azalduz LAURENZO, "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", *CPC* 1993, 820. or.

(2) Gai horri buruz ikus LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2. zk., 1992, 291-296 orr. Horixe bera in: LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, 99. or. eta hurr.

(3) Soluzioa ez da delituak edo astungarriak sortzea egintza batzuetarako, zeinetan babesten diren baloreak ez baitira berariaz emakumeen kolektiboarenak, nahiz eta estatistikak frogatzen duen biktima gehienak emakumeak direla, esate baterako, tenkada bidezko lapurretak egiten direnean, aitzitik, soluzioa izango litzateke portatera batzuk, bertan genero baten besterekiko botere menperatzailearen adierazle gisa, gizonezkoak subjektu aktibo eta emakumezkoak biktima bezala agertzen direnak, hondagarriak direla onartzea.

(4) SILLERO/LAURENZO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, 1996.

a) Ordaindu ez den prestazioaren ezaugarriak. Lehenik, ezagutzen diren ez ordaintze kasuak, banantze edo dibortzioaren gaineko ebazpen judizialen %7tik 10era bitartekoak dira, baina bada susmorik portzentaia hori ez ote den ez betetze kasuen %50 besterik; %84 seme-alabentzako elikagaien prestazioak dira; ordaintzen ez diren elikagaien pentsioen zenbatekoak %75ean 50.000 pezetatik beherakoak dira, eta %50ean 25.000tik 50.000ra bitartekoak. %72 kasutan bi seme-alaba edo gehiago izaten dira, eta %61ean 14 urtetik beherakoak.

b) Betetzen ez duenaren ezaugarriak. % 96an senarra izaten da. Horietatik %50 besteren konturako langileak dira eta %14 enplegatu publikoak.

c) Onuradunaren ezaugarriak. %63 kasutan lan ordaindurik ez duten etxeoandreak dira. Datu horietatik atera daitekeen ondorioa da delitu horren egilea eskuarki senarra dela eta ez-betetze horrek emazte eta adin txikiko seme-alabengan duela eragina. Gainera ez-betetze horiek ez bakarrik arrisku bat, baizik eta kalte erreala dira afektatuentzako, sarritan elikadura pentsioak direlako biziraupenerako modu bakarra. Pobreziaren feminizazioaren testuinguru honetan, eta zehazkiago guraso bakarreko (5) familien pobreziaren feminizazioaren barruan eta lan merkatuan sartzeko emakumeak, are gehiago bere kargura seme-alabarik badu, daukan zailtasun egoera horretan kokatu behar da pentsioak ez ordaintzearen delitua eta hori kontuan hartuta baloratu behar da ez-betetzearen larria. Munta handiko arazo soziala da eta ahalegin guztiak egin behar ditugu hori konpontzen.

Testuinguru horretan aitortu beharra dago Pentsioak Bermatzeko Fondo bat sortzea litzatekeela modurik eraginkorrena arazo sozial horri konponbidea emateko, hots, banantze edo dibortzioaren ondorioz guraso bakarreko bilakatu diren hainbeste familiek bizirauteko nahitaezko dituzten baliabide falta hori konpontzeko, beti ere, esleipen eta kobrantzarako bideak zaluak izanez gero. Edozein modutan ere, alde batera utzirik ni neuk ez dudala gehiegi sinesten zentzuzko epe batean (6) era horretako Fondo bat Espainian sortuko denik, uste dut horrek ez duela, berez, prestazio ekonomikoa ez ordaintzea ekidingo, Fondoaren subrogazioak ekidingo ez duen bezala, onuradunaren egoera juridikoan, behartuari ordaindu ez

---

(5) Horri buruz, DAVIS/FAITH, in: LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 117. or.

(6) Proiektuak izan badira ere.

dituen pentsioak leporatzeari edo horretara bideratzen ahal diren prozedurei dagokienez (7). Uste dut kasu horretan bertan ere arau penal bat egon behar dela, sistema ixteko eginkizuna bete behar duena eta helburutzat izan dezana banantze, baliogabetze edo dibortzioen gaineko ebazpen edo hitzarmen judizialetan gauzatzen diren laguntzarako beharkizunen arau-haustekak ekiditea. Arau penal hori, beste edozein arau penal bezala, eskuhartze penalaren printzipio legitimatzaileei egokitu beharko zaie, beraz, horren arabera, delituaren eratzeko berariazkoa aztertu beharko da. Dena den, delitu honen erregulazioaren berrikuntzen azterketari ekin baino lehen, zehaztapen bat egin nahi nuke.

Esana dagoenez, Zuzenbidea, edo zehazkiago Zuzenbide penala, ez bide da tresnarik egokiena edozein motatako egitura sozialak aldarazteko, era berean, sexuen arteko harremanak aldarazteko neutrala ez den sistema penala egokia ez den bezala, izan ere, botere penalaren (8) aplikazio selektiboaren bideek alferrikako bihurtuko dute emakumearen uszteko babes penala, eta horrela erregulazio penala aitzakia bat besterik ez da izango Estatuarentzat gatazka benetan eta modu eraginkorrean konpontzeko neurriak ez jartzeko. Nahiz eta planteamendu horrek, Espainian Larraurik burutua, balio dezakeen "Zuzenbide penalera ihes egitearen (9)" arriskuez ohartarazteko, hala ere, ez nago ados egile honek duen abiapuntuarekin, hots arlo honetan Zuzenbide penala modu arrazionalen eta legitimoan erabiltzea erabat ezinezkoa dela esatearekin (10).

Arlo honetan Zuzenbide penalak izango lukeen eginkizuna guztiz sinbolikoa izango litzatekeela dioten kritikak gezurtatu egin behar dira. Zuzenbide penalean eginkizun sinbolikoaz hitz egiten da aurrea hartzeko eginkizun instrumentalei kontrajarriaz, hau da, arau batek eginkizun sinboliko hutsa daukala esan daiteke aplikatzen ez denean, hark aurreikusten duen zigor penala ezartzeko benetako borondaterik ez dagoelako, hori lehenbizi, eta bigarrenik, horren ondorioz, eraginkorra ez denean, debekatzen duen jokabidea ekiditeko

---

(7) Berdin izango litzateke esatea langabezia ekidingo dela langabeziaren prestazioak gehituz. Langabeziaren prestazioek langabetuen baliabide falta arintzeko balio dute baina ez dute eraginik langabeziaren sorburuan.

(8) Arau penalak izatearekin ez da horien aplikazioa bermatzen, zifra beltzetan frogatzen den bezala, batez ere biktima emakumeak direneko delituetan; adibidez, askatasun sexualaren kontrakoetan, zifra beltz horrek erakusten digu orokorrekin alderatuta askoz altuagoa dela.

(9) Ikus 2. oharra.

(10) Gai horretaz ikus PÉREZ MANZANO, BJ, 1991, 31. or. eta hurr.

helburua betetzen ez delako eta hirugarrenik, benetako helburua —ezkutukoa, noski— jokabidea zeha dadila eskatzen duten ahotsak isilaraztea da. Alabaina, eta nire iritziz, arau penalaren eginkizun sinbolikoen artean ez dago debekatutako jokabidea sozialki kaltegarria dela adieraztea, alderantziz baino, izan ere hori zehapen arauekin batera doa, horiek asebetetzen baitute orokorrean deliturik gerta ez dadin delituari aurrea hartzeko eginkizuna. Alde batetik, hiritarra jokabide bat kaltegarria dela dioten mezu arautzaileez ohartzen delako eta, bestetik, zigorra jarri ahal izateak, berez, prebentziozko eginkizun orokorrak betetzen dituelako (11).

Hortaz, nire iritziz prestazioak ez ordaintzearen delitua ez daiteke arau sinbolikotzat (12) hartu. Aurrenik, zehatu den delitu bat da, beraz, ezin da esan aplikatzeko borondaterik ez dagoela. Halaber, ezin da esan helburua lortzeko behar diren neurriak ez direla jartzen, eta ez-ordaintzei aurrea hartzeko Zuzenbide penalak erabiltzen dituen baliabideak ez direla egokienak. Lehengo Kode Penalak delitu hau atxilotzearekin eta isunarekin zehatzen zuen, baina bide hori kalterako baizik ez zen, zehapen penalak bete behar duen xedeari dagokionez. Alde batetik, atxilotzeak arazoa makurrago bihurtzen du, bada, kartzelan sartzearekin zigortuak ezin izango du bere ohiko lanean jardun eta, beraz, ezinezkoa izango du prestazio ekonomikoa (13) betetzeko adina diru lortzen. Gainera, horrek dirusarrerren gutxitzea dakarrenez epaile zibilarri eskatzen ahal dio pentsioa berraztertzea eta jaistea. Bestaldetik, isunak ere behartuaren ahalmen ekonomikoa murriztea dakar, eta horregatik prestazio ekonomikoa betetzeari dagokionez ondorio negatibo bera izango luke. Horrek, guztiorrek, pentsaraz dezake legelari penalak 1989an sartu zuela delitu bat, zeinen eginkizuna mugatzen baitzen jokabide bat —prestazioak ez ordaintzea— sozialki kaltegarria dela esatera eta zigorraren mehatxu hutsez ondorioak lortu nahi izatera, hau da, hertsapen orokorraren bidez ez-betetzeak saihestea zehapen penalaren beldurragatik, legelariaren

---

(11) Gai horretaz guztietaz, ikus PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990.

(12) Kritika honetaz batez ere LARRAURI saiatu da, RDP y C 1992, 2. zk. 298. or. eta *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 99-100 orr., horrezaz gainera aipatzen du 1993ko urtarrilaren 11ko *El País* egunkaria, non salatzen baitzen pentsioak ez ordaintzearen delitua ez zela aplikatzen. Uste dut, inplikazio orokorrari dagokionez, salaketa hura ez zela zuzena, SILLERO/LAURENZOk eginiko azterlanean frogatzen den bezala, edo bestela aski da 1992tik hona izan diren Probintzi Entzutegetako epaiak irakurtzea.

(13) Ikusi dugun bezala, kontuan hartu behar da behartutako gehienak besteren kontura lan egiten dutela. Hori dela-eta, arrazoizkoa deritzot epaileek kondena baldintzazko egoerara igortzeaz egiten duten erabilerari. ikus SILLERO/LAURENZO, op. cit.

---

asmoa inondik ere ez zelarik ezarritako zigorra betearaztea. Aldiz, 1989az geroztikako esperientzia judizialak kontrakoa erakusten digu. Pentsioak ez ordaintzearen delitua maiz aplikatu da, hemen ez da beste manuekin, esate baterako ingurugiroaren kontrako delituekin bezala gertatzen, praktikan ez aplikatzea, alegia. Beste aldetik, jokabide horientzat Kode Penal berrian jartzen den zehapen motak —asteburuko arrestoa— xedapen horren eraginkortasun prebentiboa hobetuko duen tresna dela iruditzen zait, zigorra benetan betetzeko bidea jartzen duelako, laguntza betebeharrei dagokienez ondorio nahasgarriak sortu gabe, eguneroko lanean jarraitzeko aukera ematen duelako eta, beraz, behartutakoaren ahalmen ekonomikoari eragin negatiborik sortzen ez diolako.

Bigarrenik, ez-ordaintze kopurua (14) gehitzean edo gutxitzean delitu honek izan dezakeen eraginari buruzko daturik ez badago ere, orokorrean delitu honen kontrako prebentzioaren eraginkortasuna zigor arin batez zehatzen den edozein delituk izan dezakeen bezalakoa da. Hirugarrenik, zilegi da prozesu penal batean auziperatua izateko arriskuaren eraginez ez-ordaintze horiek ekiditea, baldin eta arau penalaren atzean babes penala merezi duen ondasun juridiko bat badago eta babes hori burutzen bada Zuzenbideko Estatu batean Zuzenbide penalaren erabilpena legitimatzen duten printzipioak gordetzen badira.

---

(14) SILLERO/LAURENZOren baieztapena oinarri sendoegirik gabea iruditzen zait, op. cit. 161. or. delitu honek orain arte izan duen “prebentziozko eragina” urria izan dela esatean. Baieztapen hori egin ahal izateko delitua sortu aurreko eta ondoko datu konparatiboak beharko lirateke eta orobat, delitua dagoenetik denboraldi adierazgarri batean izandako datu konparatiboak ere.

## 2.

# *Aginduaren ez- legezotasunaren gaineko kritikak*

Ezkontzaz kanpora izandako seme-alabak diskriminatzeagatiko aginduaren inkonstituzionaltasunari dagokion argudioaz aparte —zeinen alde judizialki (15) aitortzen den prestazio ekonomikoa eman beharra ere izan baitaiteke, baina horretaz ez dut hitz egingo zuzena iruditzen zaidalako—, aginduaren ez-legezotasuna frogatzeko erabili ziren argudioak funtsean hauek izan ziren:

1. Lehenengo argudioa izan zen gutxieneko eskuhartze printzipioa hautsi zela, hori izanik Zuzenbidezko Estatu bateko Zuzenbide penalaren zutoinetako bat, arrazoi hauengatik: a) Alde batetik, babestea merezi duen ondasun juridiko penal baten faltagatik, bitartean beharkizun zibil bat ez betetzea zehatzen denean; b) Beste aldetik, tutoretza penala merezi duen ondasun juridiko bat taxutu badezakegu ere, haatik, delitua ez da mugatu horri era larrian erasotzen dioten modalitateak tipifikatzera, bada, subjektu pasiboa behartsua izatea eskatzen ez denez, arrisku abstraktuko delitu baten aurrean aurkitzen gara.
2. Bigarren argudioa, erabiliena eta nire ikuspuntutik doktrinaren aldetik zorrotasun gutxienekoa, zorrengatik atxilotzearen debekua hausteari buruzkoa izan da.
3. Hirugarrena, zigorraren neurrigabetasuna alegatu duena, Kodeak garrantzi handieneko beharkizunak ez betetzeagatik ezartzen duen zigor berarekin zehatzen duelako delitu hori, kontuan hartuz biziraupenerako beharkizun horiek betetzearen menpe dauden pertsonen ukitzen dietela.
4. Laugarren argudioa da, Zuzenbide penala zigorraren erabilpena debekatzen dituen jorkabideak ekiditeko gauza denean bakarrik baldin bada zilegi, zentzugabekeria litzatekeela atxiloteta edo isuna erabiltzea ondorioak kaltegarriak izango balira.  
Bada, horiek horrela, uste dut esparru honetan eskuhartze penalaren legitimitateari jartzen zaizkion eragozpenak arbuigarriak direla, hortaz, nire iritziz Zuzenbide penalera jotzea zilegi dela froga daiteke. Atal honetan lehenbiziko bi argudioak aipatuko ditugu, oro har Zuzenbide penalaren erabileran eragina izan dezaketelako, eta beste biez arituko gara 1995eko kodean delitu horri buruz agertu berrikuntzak aztertzen ditugunean, era zuzenean ebatzi direla uste baitut.

(15) Guztientzako GÓMEZ PAVÓN, CPC 1991, 299. or. eta hurr.

Laurenzo irakasleak zuzenki adierazi zuenez, doktrina penala gehiago saiatu zen babeserako baliabide alternatiboak dauden ala ez aztertzen babestu beharreko ondasun juridiko-penala zehazki oinarritzen baino, legitimitate penalaren azterketak abiatu behar duenean tutoretza penalaren (16) xede izateko duin den ondasun juridiko baten taxutzetik. Orokorrean, doktrinak aipatzen ditu tutoretzako bi helburu: alde batetik, familiako (17) kideen segurtasuna, familia abandonatzearen arloko beste delituetan babesten den ondasun juridiko bera izango litzatekeena, eta beste aldetik, justizi administrazioaren funtzionamendu normala, izan ere, judizialki onetsitako hitzarmen batean edo ebazpen judizial batean (18) ezarritako prestazioen ez-ordainketatik bakarrik babesten da. Bigarren helburua ez dut zehazki aipatuko, uste baitut bakarka hartuz gero arlo horretan eskuhartze penalaren legitimitatea ukatuko litzatekeela, lehendik badagoelako delitu bat, zeinetatik ondasun juridiko hori babestu behar den: desobedientziaren delitua; bestalde, Kode Penal berrian delitu honentzat ezartzen den zigorra dela-eta (556. art. sei hilabetetik urtebete artekoa) ulertarazten du tutoretzaren helburu hau urratzean ez dela egiazki kontuan hartu pentsioak ez ordaintzea. Segurtasunari dagokionez, zuzena deritzot Laurenzo irakaslearen erreparuari, zera dioenean, babestu beharreko tarteko objektu bat besterik ez dela, egiaz babestuak dauden ondasun materialak ezkututzen dituen.

Dena den, une honetan interesatzen zait Laurenzo irakasleak ondasun juridikoa identifikatzeko burutu duen saioa aztertzea. Hark dioenez, segurtasun estalkia kentzean, "familia abandonatzearen delituetatik babesten den benetako helburu dira bete ez diren laguntza-oren onuradunen funtsezko ondasunak, bereziki, haien bizitza eta integritate pertsonala, azken hau ulertuz osasun fisikoa eta psikikoa ezezik baita, zentzu zabalagoan, bizitza duin bat izateko premiazkoak diren baldintza material guztiak ere". Ondasun juridikoa horrela eratzeak berekin dakar hori bera arrisku abstraktuen artean sailkatzea. Hori horrela, tesi honek —delitu horri esker eskuhartzea legitimatzeko balio baitezake, gizabanakoaren oinarritzko eskubideekin, dudarik gabe babes penala merezi duten horiekin, lotzen delako—

(16) CPC 1993, 772. or.

(17) DE VEGA, *La prisión por deudas conyugales*, 1991, 53. or. Jurisprudentziak jarraitu duen ildo da.

(18) GARCÍA ARÁN, *La reforma*, op. cit., 119. or. eta hurr.

izan dezake eragin deslegitimatzaile bat. Eta hori horrela da Zuzenbide penalean gizabanakoaren ondasun juridikoen kontrako arrisku abstraktuko delituak gogor eztabaidatzen direlako eta, segurki, ez-legezkozkat jotzen direlako, zehapen barrera sobera aurreratzea daraman neurrian, horrekin iraingarritasun printzipioa hautsiko lukeelarik.

Ene irudiko arlo honetako legitimitatea etorriko litzateke ondoko argudioak osatuz. Lehenbizi, beharrezkoa litzateke kasu konkretuan jokabidea arriskugarria dela egiaztatzea. Nire ikuspuntutik, kasu konkretuko arriskugarritasuna —arrisku konkretua emaitza bezala ez dena—, gertatuko litzateke, aurrena, adin txikiko seme-alabak daudenean, bada, laguntza ekonomikoen beharkizunak ez betetzeak zuzeneko eragina baitu haien bizi kalitatean eta biziraupenean, eta ondorena arriskugarritasun hori suertatuko litzateke ezkontideak bizirauteko eta bere ardurapean dituen seme-alabak duintasunez mantentzeko baliabide ekonomikorik ez duenean (19). Jada ikusi dugunez, auzitegi-tara iristen diren kasu gehienetan, bi baldintzok ematen dira, beraz, kasu konkretu batean arriskugarritasuna badela egiaztatzeak ez dio eraginkortasuna kenduko arauari, eta bai, ordea, haren legitimitatea areagotuko (20).

Edonola ere, nire ikuspuntutik, arriskuan egon daitezkeen eskubide indibidualez gainera, delitua esplikatzeko duena —gaur egun eratua dagoen moduan eta eskuhartze penalaren legitimitatea oinarritzen laguntzen duen bezala— gizabanakoazgaineko ondasun juridikoen baten afekzioa da. Gure gustukoa izan edo ez, egungo gizartearen eskontzaren eta familiaren instituzioaren inguruan dago egituratua, eta bien eginkizuna da oinarritzeko laguntzak ematea, zuzenbideak aitortzen dituenak elkarrekin loturiko eskubide eta betebeharren estatutu bat ezartzean. Zenbateraino, eta ezkontza desegiten denean ere, betebeharrak mantentzea erabakitzeraino. Delitu honetan zorreatik kartzela zigorraren kasu baten aurrean ez gaudela defendatzeko erabili nituen argudioetatik bat (21) izan zen zorreatik kartzelaren proskripzioak kontratuak ez betetze hutsengatik zehapen penalari afektatzen diola eta arlo horretan kontratu soil bat baino zerbait gehiago dela. Izan ere, aurrean daukaguna instituzio sozial eta juridiko bat da, Estatuak babestu nahi duena zigorra ezarriz, horrekin lotuta dauden betebeharrak garrantzitsuenak betetzen ez badira. Horrek argituko lizuke zergatik ez den beharrezko behartsu bat egotea eta zergatik ez den beharrezkoa izan

(19) Alde horretatik behartsu bat izaten den kasuetan tasa murriztearen alde agertu nintzen in: BJ 1991, 47. or.

(20) Horretaz, LAURENZO, CPC 1993, 794 or.

(21) BJ 1991, or.

era indibidualeko ondasunen kanpo eta aurreko arriskugarritasuna egiaztatzea. Halaber, argituko luke jokabide tipikoa izatera iristeko zein ez-ordainketa gutxi behar diren, orduan ez lirateke betebeharra ez betetzeko behin betiko borondatearen irudikapen bat besterik, eta argi geldituko litzateke zorretan utzitako zenbatekoei buruzko axolarik eza.

Beraz, mintzagai dugun delitu honen aurrean, ez bakarrik ondasun indibidualak baita familiaren esparruko laguntzarako beharkizunen funtzionamendu egokia ere babesten dira.

## 2.2

## GUTXIENKO ESKUHARTZEA

Mir Puig-ek defendatu duenez (22), ondasun juridiko bat ondasun juridiko-penal bihurtzeko eskuhartze penala legezkoa izateko moduan, bi baldintza dira beharrezkoak: lehenbizi, ondasunak gizartean aski garrantzia izatea eta bigarrenik, ondasuna Zuzenbide penalak babestu beharra izatea.

1. Egile honen arabera, sozialki garrantzia duen zerbait baloratzeko, lehenbizi kontuan hartu behar da balore babestuak Konstituzioan aitortzen diren eta bigarrenik, balore horiek bortxatzeak zuzeneko eragina ba ote daukan gizabanakoen baitan, bai eta gizartearen bitartean zernolako parte hartze berdinkidea izan dezakeen. Bada, hori horrela, Eeko 32. artikulua ez du ezkontzeko eskubidea soilik onartzen, horrekin batera ezkontideek eskubide eta betebeharrak dituztela ere aitortzen du eta banantzeko eta ezkontza bera desegiteko aukera ere bai. Bestalde, 39. artikuluan gizarte eta ekonomiaren arloko politika zuzentzen duten lehenbiziko printzipio bezala biltzen da familiaren babes, seme-alaben eta amen babes osoa eta aitek duten "ezkontzaren barnean edo kanpoan izandako seme-alabei era guztietako laguntza eman beharra". Hori guztia instituzioaren maila goreneko aitorten juridikoa da. Bigarrenik, Mir-ek (23) defendatzen du demokraziako Estatu sozialean interes kolektiboek garrantzia dutela gizabanakoen bizitza baldintzatzen duten neurrian. Bada, nik uste dut Mir-ek adierazitako irizpide hori zehaztu behar dela. Nire iritziz, aski litzateke halako kolektibo sozial batean (adibidez langileak edo emakumeak) duen eragina frogatzea, hain zuzen ere, kolektibo batean jokabide batek duen eragin osokorra babes penala ondasun edo eskubideen banaketa ez diskriminatzailearen berme bihurtuko litzatekeelako, eta

(22) *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, 162. or eta hurr.

(23) *Op. cit.*, 164. or.

horrek bide emango lukeelako kolektibo horrek parte har dezan eta integratu dadin gizartean, baina, berdintasuneko baldintzetan. Eta nire ikuspuntutik, horixe da esparru honetan gertatzen dena. Orok daki emakumeen eta gizonen arteko rolen banaketak zera ekarri duela, bikote gehienetan gizonaek bakarrik lan egitea edo nahiz eta biek lan egin, gizonaek ahalmen ekonomikoa emakumezkoarena baino hobea izatea. Eta hala eta guztiz ere, banantzeko edo ezkontza desegiteko eskaera gehienak gizonaek beren eginbeharrak betetzen ez dituztela alegatzen duten emakumeek egindakoak dira. Datu horien aurrean (24), nabaria da badela kolektibo bat zeinen gainean eragiten baitu pentsioak ez ordaintzearen jokabidea: emakumeak. Eta alde horretatik ez dut uste erabat beharrezkoa denik ez-ordaintze horrek afektatuen osasunean zuzenean edo zeharka duen eragina frogatzea. Are gehiago, seguraski, hori gure sistema penalak bere erara interpretatu eta erabili ahal dezake delitu hau ez aplikatzeko, eta ez dugu ahaztu behar Zuzenbide penalaren erabilpenean ez dela neutrala.

Horrek guztiorrek ez du esan nahi jokabide horrek eskubide indibidualak ukitzen ez dituenik, izan ere, ukitzen ditu-eta. Alde batetik, Laurenzok dioen bezala, afektatuen osasunean du eragina. Kasu honetan iruditzen zait behartsuen aurrean gaudenean (kasurik gehienak) arriskua ez dela abstrakzio hutsa, pertsonaren osasunarekiko mesprezua baizik, ezkontidearen eta seme-alaben osasun baldintzak hondatzen direlako, ezkontidearen edo seme-alaben osasun psikikoari egiten zaion kaltea aparte, ez baitute ulertzen aita horrek zergatik ukatzen dien laguntza, eta batzuetan iristen dira beren burua errudun bezala hartuz ez-ordainketa zigortzat hartzera, ezkontza haustearen errudun beraiek bailiran. Baina eragina ez da osasunean soilik gelditzen, era berean duintasun pertsonalean ere gertatzen da, ezkontideetako baten botere ekonomikoa beste ezkontidea eta seme-alabak menpean hartzeko erabiltzen den neurrian. Ez-ordainketa ezkontide batek bestearen gainean duen boterearen frogantza da eta honen menpekotasun egoeraren oroitzapen etengabea. Eta horrek eragina du, nola ez, askatasun pertsonalean eta autoestiman.

2. Berariazko babes penalaren beharraz, ene irudiko begibistan dago Zuzenbide zibilaren porrota eta arlo horretan aurreikusitako tutoretza baliabideak ez direla nahikoak (25). Horrek ez du esan nahi ez dudala beharrezkotzat jotzen tutoretza zibilaren baliabideak sakondu eta hobetu beharra, edo Pentsioak Bermatzeko Fondoa babeserako baliabide era-

---

(24) Ikus SILLERO/LAURENZOren azterlana, *passim*.

(25) PÉREZ MANZANO, BJ 1991, 36. or. eta hurr.

ginkorra izan daitekeela ulertzen ez dudarik. Alabaina, horrek babes penalaren beharra ez saihesteaz gainera, aurrena, behartuengan (26) erlajazio efekturik gerta ez dadin, bada, izan ere, ez dago esaterik onuradunaren eskubideak Fondoak subrogatzean ez litza-tekeela saihestuko, ikuskapen fiskalak iruzur fiskala saihesten ez duen bezala, baizik eta prozesu penal batean sartzeko posibilitatea. Eta hurrena, babes penalaren duin izan daite-keen ondasun juridiko bat ezin du Pentsioak Bermatzeko Fondo batek estali. Alde horretatik aipatu behar Frantzian, esaterako, badela mota horretako Fondo bat eta horrekin baita pentsioak ez ordaintzearen delitua (27).

## 2.3

### ZORRENGATIKO KARTZELA

Zorreatik kartzelari dagokionez —ondasun juridikoaz esandakoaz gainera, ikusten de-nez deus ikustekorik ez duena jabetzaren babesarekin ezta kontratuak ez betetzearen gai-nean ere—, berriro ekarriko ditut hona beste toki batean azaldu nituen argudioak (28).

1. Zorreatik kartzelaren proskripzioa, 1962ko eskubide zibilen eta politikoen Nazioarteko Ituneko 11. artikulua biltzen duen bezala, “inor ez da kartzelaratu izango kontratupeko beharkizun bat ez betetzeagatik soilik”, kontratupeko beharkizunei dagokie, beraz, kontratuetak eginbeharrak ez betetzeaz mintzo da. Eta, esparru horretan zerbait di-ferente eta garrantzi handiago baten aurrean gaude. Alde batetik, seme-alabekiko eginbe-harrak ez dira kontratupeko beharkizunak; bestaldetik, ezkontideen arteko eginbeharrak ez-kontzan dute arrazoi, kontratu baten eredu izan daitekeen salmenta kontratuarekin aldera-tuta ezkontzarenak badu, noski, zenbait berezitasun; azkenik, afektaturiko ondasun juridi-koak diren ezkontidearen eta seme-alaben osasuna eta biziraupena oso urrun daude jabe-tzaren babesetik, zeina kontratuen ez betetzeen aurreko babesaren oinarrian egoten baita.

2. Debekuak gainera kartzela bidean jartzen du zorra ordaintzeko adina diru ez duen zor-duna. Hori, aitzitik, ez da gure kasuan gertatzen. Lehenik, epaile zibilak pentsioa jartzen duelako ezkontide behartuaren ahalmen ekonomikoa kontuan hartuta eta, bigarrenik, ez-or-

(26) Idem, aurreko oharra, 44. or.

(27) Zorrotzegi ene ustetan. ikus PÉREZ MANZANO, BJ 1991, 1. oharra.

(28) BJ 1991, 45-46 orr.

---

daintze delituetan behartuak bete beharrekoa betetzeko ahalmena ezinbesteko baldintza da arau-haustearen tipizitate penala neurtzeko, hortaz, behartuaren egoera ekonomikoa okerrera egin badu eta pentsioaren berrikuspen judiziala gertatu ez bada oraindik, ordainketak betetzen ez baditu ere, epaile penalak jokabide horren errugabetasuna deklaratzake eta, beraz, erantzukizun penaletik libre uzten ahal du.

### 3.

## *Kode Penal zaharreko 487 bis artikulua eznahikotasunak, doktrinak eta jurisprudentziak atzemandakoak*

Arlo honetan edozein eskuhartzeren legitimitateari buruz arestian aipatu ditudan kritikak alde batera utzita, doktrinaren eta jurisprudentziaren sektore batek lehengo K.P.ko 487 bis artikuluko berariazko erregulazioaren edukia kritikatu du.

K.P.ko 487 bis artikulua delitu hau itxuratu zuen ez-egite hutsezko delitu bezala, eta horretarako aski zen honenbeste aldiz ordaindu gabe gelditzea, behartuak prestazio ekonomikoak betetzeko ahalmen ekonomiko baldin bazuen, beti ere. Xedapen horretan ez zen inolako murriztapenik jartzen prestazio motari buruz —elikagaiak, kalte-ordainak,...— eta jarraikorrak izatea eta ezarritako ordainketa aldia hilerokoa (29) izatea aski zen.

### 3.1

#### **HILEROKOAK EZ DIREN TRAKTU JARRAIKORREKO PRESTAZIOAK ETA TRAKTU EZ-JARRAIKORREKOAK SARTZEA**

Hilerokoen halako kopuru bat ez ordaintzea usu gertatzen den jokabidea da eta horren itxuraketak aurreko kodean nolabaiteko hutsune bat sortu zuen, formalki baino esplikatzen ez dena, izan ere ordaindu beharreko prestazioen ikuspegitik posible da, guztiz, epaileak ordainketa bakar bat ezartzea edo hilerokoa ez den aldizkakotasunez, behartuak dirusarrerak izaten dituen aldizkakotasunari egokituz, esate baterako soldata astero kobratzen badu edo dirusarrerak ez datozkionean lan pertsonaletik.

Hutsune horrek, bestalde, eragin kaltegarriak izan zitzakeen laguntzazko eginbeharrak betetzerakoan, bada, zehapen penalaritari itzuri egiteko aski litzateke ez-aldizkako prestazioez edo eskatutakoaz besteko aldizkakotasunekoez epaileak oniritzia ematea.

---

(29) Jurisprudentzia sarritan arduratu da baldintza horiek oroitarazten.

## 3.2

### SUBJEKTU PASIBOA BEHARTSUTZAT HARTZEA

Doktrinaren sektore bat delituaren ulkerera murrizgarriaren alde atera zen eta proposatu zuen araua behartsu baten kasuan bakarrik aplika zedila. Horrek artikuluari koherentzia emango zion, ohiko abandonu delituari zegokionez, eta bestetik balioko zuen babes penala eroso bizitzeko adina ondasun dutenak babesteko erabili ez zedin. Interpretazio murrizgarri hori nik neronek erabili nuen eskuhartze minimoaren printzipioa aplikatzean edo Lorenzo irakasleak, abiapuntutzat hartuz babestu beharreko ondasun juridikoa pertsonen bizia, edo osasuna eta arrisku abstraktuko delituaren aurrean gaudela ulertuz, bada, arriskugarritasuna jokabidearen tipizitatearen aurrekoa eta kanpokoak izanik ezinezkoa litzateke ez-ordaintzea automatikoki zigortzea, zeren eta onuradunak baliabide ekonomikoak izatera ez-ordaintzeta arriskurik gabeko ekintzatzat hartuko bailitzateke ondasun juridikoaren aurrean (30).

Dudarik gabe horrek indarra emango dio eskuhartze penalaren legitimitateari. Baina jokabidea ez-arriskugarria izatea esplikatu daiteke hala delituaren gizabanakoaz gaineko alderdiak kontuan hartzen badugu, hots, egungo gizartearen eraketaren ikuspegitik garrantzi berezia duten eginbeharren arau-haustearen tipifikazioa, nola delituaren aplikazioan izan daitezkeen ondorio kaltegarriak, hori aplikatzeko baldintzak (31) gogortzen badira gerta daitezkeenak, izan ere, horren aplikazioa oztopatzeko erabili baitaitezke. Sistema penalaren ohiko neutraltasun ezak beste aitzakia bat izan dezake bere finkapenerako.

## 3.3

### OFIZIO BIDEZKO ZEHAPENAREN ZENTZUGABEKERIA, FAMILI ABANDONUAREN MOTAKO BESTE DELITUEKIN ALDERATUTA

Delitu hau 1989an sartu zenean, famili eginbeharrak abandonatzeari buruzko prozedura baldintzen gaineko xedapena jasotzen zuen artikulua aurreko artikuluan kokatu zen bategirik, halatan non alderdiaren eskariz delitu horrenganako zehapena ezartzeko xedapen es-

(30) LAURENZO, CPC 1993, 793-794 orr.

(31) Alde horretatik ez dator bat SILLERO/LAURENZOrekin, op. cit., 162. or. Horien iritziz, zigor arinak jartzaren arrazoia agian epaileek zorregatik kartzela kasu bat zehatzearen beldurra izatean datza.

presurik ezean, delitu hori delitu publiko bihurtu baitzen, ofizio bidez zehatzekoa. Hori, doktrinaren gehiengoarentzat, zentzugabekeria bat zen famili abandonuaren motako beste delituen erregulazioarekiko, eta ulertzen zen, gainera, familia babes publikoa zor zaion instituzioa den arren, hala ere, Estatuaren eskuhartzea ez dela politika-kriminalitatearen alde-tik egokia familiako kideek nahi ez dutenean, horrela eginez gero oinarritzko intimitate eskubidea urratuko litzatekeelako.

### **3.4 AUZITEGI BATZUEK PRESTAZIOEN ZENBATEKOAK, DELITUAREN ONDORIOZ ERANTZUKIZUN ZIBIL GISA ORDAINDU BEHAR ETA ORDAINTZEN EZ DIRENAK, SARTZEARI EMATEN DIOTEN EZETZA**

Delitu hau Kode Penalean sartzearekin sortu ziren auzietan handienetakoa izan zen ea posible ote zen, eta egokia, epaile penalak zordundutako zenbatekoak ordaintzera kondenatzea delituaren ondoriozko erantzukizun zibilaren parte bat bezala. Auzi horri buruzko ezezkoak berekin ekarri zuen hartzekodunak prozedura zibilaren eskaria egin beharra, zor zena ordain zedin eskatzeko. 2/1990 Zirkularrak zioenez, egindako kaltearen bide penaleko ordainketan sartu behar zen zor ziren zenbatekoak ordaintzea eta baita ez-ordaintzetik ondorioztatutako beste motatako kalteak ere. Hala eta guztiz ere, jurisprudentziak ez du Fiskaltzaren tesi horri aho batez ontzat jo, eta horrela eman diren epaiak batzuk errugabetzeko izan dira eta beste batzuk, ordea, kondenatzekoak. Doktrina ere zatitua dago (32) eta erantzukizun zibileko kondena penalean zordundutako zenbatekoak sartu ala ez sartu ari da zalantzan.

Jurisprudentziak erabili dituen kontrako argudioak, doktrinak ere jarraitu dituenak, funtsean bi dira: alde batetik, delitutik ondorioztatutako erantzukizun zibilak helburutzat dituela delituarekin sortzen diren beharkizunak eta ez horren aurretik zeudenak; eta beste aldetik, esaten da ordaindu ez diren hilerokoak bide penaletik ordainaraztea onartuz zorra kobratzeko mehatxu gisa bide penalaren erabilera bultzatzen dela (33). Horrek zera ulertzera erama-

(32) Aldekoa da DE VEGA RUIZ, op. cit., 59. or. eta hurr.; kontrakoa LAURENZO, CPC 1993, 815. or.

(33) SAP Madril, 1991ko maiatzaren 15; LAURENZO, CPC 1993, 815. or.

---

ten gaitu, delitu horren ondoriozko erantzukizun zibila sortzen dela prestazioen ez-ordainketak "ez-ordainketaz gainera beste kalte bat ekartzen duenean" (34), eta orduan bakarrik. Jurisprudenziaren sektore batek, alderantziz, ulertzen du posible dela kondena jartzea erantzukizun zibilean (35), ordaindu beharrekoa segurtasunaren ondasun juridikoaren urradura delako.

---

(34) SAP Bartzelona, 1996.3.13; SSAP Sevilla, 1995.6.2, 1996.3.14; SSAP Toledo, 1993.4.13, 1993.5.24, 1993.7.20; 1993.9.1, 1994.3.7, 1995.6.26; SAP Girona 1995.4.19; SAP Asturias 1995.4.6.

(35) Zentzu horretan epai gutxi dauden arren aipa daitezke SSAP Bartzelona (9. Saila) 1993.12.17, (10. Saila) 1994.1.28, 1995.3.24; SAP Lleida (1. Saila) 1993.2.15; SAP Valentzia, 1993.3.15

#### 4.

## *K.P.eko 227. artikulua erregulario berrikuntzen azterketa*

Kodea saiatu da arazo hauetakoren bat ebazten.

#### 4.1

#### **PRESTAZIO EKONOMIKOARI BURUZKO BERRIKUNTZAK**

Funtsean bi berrikuntza daude: delitu izateko behar diren ez-ordainketen kopurua jaitea eta traktu jarraikorrekoak ez diren prestazio ekonomikoak ez ordaintzea jokabide tipikotzat hartzea.

Gauza da bi berrikuntza horietatik bat ere ez dela ongi argitu eztabaida parlamentarioetan. Ez-ordainketen kopuruen murriztapena ST (Sozialisten Taldeak) eta CiU taldeen (36) transakziozko zuzenketa baten emaitza izan zen, eta horretaz ez da hitzegiten. Eta aldizkakoak ez diren prestazioen ordainketa-eza Kongresuan aurkezten den proiektuaren testuan sartzeari buruz, STk horren defentsan ez zuen besterik alegatu, ezen prestazio mota horietan hutsune bat hauteman zuela.

Dena den, aldaketa horien xedea da jokabide deliktiboen zerrenda handitzea, eta horrela, kritika doktrinalak gora-behera, legegileak delitu hau handitzea erabaki du. Alde horretatik, aipatzekoa da talde parlamentarioek proiektuaren testuari (37) aurkeztutako zuzenketa guztiak murriztearen alde baino gehiago handitzearen alde zeuden; horrek delitu hori mantentzearen aldeko adostasun politikoa frogatzen du.

Ordainketa-ezak murrizteari gagozkiolarik, horren arrazoia izan daiteke, lehenik eta behin, behartuaren ez ordaintzeko borondatea frogatzeko aski izatea eta, bigarrenik, ordainketa-ezen errealitateak gabezia ekonomikoaren ikuspegi negargarria erakusten digula, batez ere biziraupen minimorako beharrezkoak direnean. Ikuspegi horretatik, afektatuen biziraupena lehenengo ordainketa-ezetik gertatzen da kaltetua. Ordainketa-ezen kopuru bat jartzea prozeduraren baldintza bat bezala ulertu behar da.

(36) Zuzenketa hori ez da ongi ulertzen, murriztapena eskatu zuen talde parlamentarioa PP izan zelako.

(37) Delitu erdi-pribatu bihurtzeari dagokionean salbu.

---

Prestazio ez aldizkakoan ordainketa-ezak sartzearen arrazoia da kasu horietan ez dagoela prestazio aldizkakoak ezartzeko beharkizun zibilik bat ere, eta horrela hutsune penal hori dela-eta, epaile zibilak behartuak daude era horretako beharkizun ekonomikoak ezartzera, bestela iruzurrezko egoerak gerta baitaitezke.

## **4.2**

### **PRESTAZIO EKONOMIKOAREN DEKLARAZIO PROZESUAK ETA EGINTZA JURIDIKOAK**

Horretan sartzen dira seme-alaben aldeko filiazio eta elikadura prozesuak. Horrekin seme-alabei buruz antzemandako hutsunea bete nahi da, beti ere prestazio ekonomikoa adostua badago era horretako prozesuetan. Horretaz eta doktrinaren iritziz agindua konstituzioz kanpoko bihurtzen zuen diskriminazioa zegoen. Ikuspegi horretatik erreforma modu positiboan hartu behar da, nahiz eta ezin ukatuzkoa den mota horretako prestazioak ez-betetzearen intzidentzia maila hagitzez baxuagoa dela ezkontzako krisiaren kasuan hitzarmen nahiz ebazpen judizial batean ezarritako prestazioen kasuan baino.

## **4.3**

### **DOAKIONAK EDO MINISTERIO FISKALAK ESKATUTAKO JAZARPENA**

Arestian esan dut doktrinaren iritziz legegileari ahaztu zitzaiola delitu honen prozedura baldintzak itxuratzearen inguruko ebazpena ematea, tituluko gainerako delituekin egokituz. Horixe da 228. artikularekin gertatu dena, zeinetan printzipioz doakionak eskatutako zehapena ezarri baita, salbu eta adin txikikoa, ezindua edo ezgaitua denean, orduan Ministerio Fiskalaren eskuhartzea noraezekoa baita. Hortaz, erreforma puntu horretan zuzena da.

## **4.4**

### **KALTE-ORDAINAREN ERREGULAZIOA**

227. artikuluko 3. lerroaldean ezartzen den bezala "delituaren ondoriozko kaltea ordaintzeko orduan zorretan diren zenbatekoak ordaindu beharko dira beti". Horrekin zirt-zart

---

ebazten da harako eztabaida hura, hots, delituaren ondorioz ezarritako erantzukizun zibil-  
leko kondenaren barruan ea sartu ahal zitezkeen zorretan ziren zenbatekoak eta ea bidez-  
koa ote zen ekonomikoki baloratzen ahal zen kalte bakarra ordainketa-eza zenean.

Bada, nik uste dut xedapen horren zuzentasun teknikoa argudia daitekeela. Ondasun juri-  
dikoa arriskuan jartzen bada prestazio ekonomikoa ordaindu beharra hautsi delako, bizi-  
raupenerako baliabide ekonomikorik ez duten adin txikiko seme-alabak eta ezkontidea tar-  
teko direnean, niretzat arazo hori lehenbiziko ordainketaren hutsegitetik hasten da, beraz,  
kaltea ordaintzea egokitzen denean aintzat hartu beharko da zorraren zenbateko osoa,  
kontuan hartu gabe ordainketari zenbat aldiz huts egin behar zaion salaketa jartzeko, hau  
da, eginbeharra hausteko etengabeko borondatea dagoela susmatzeko.

Xedapen honen zuzentasun teknikoaz bestalde, eztabaida parlamentarioetan adierazitako  
helburua ekonomia prozesal hutsa da: bide zibilera jo beharrik ez izatea zorraren ordain-  
keta eskatzeko. Hala ere, xedapen honek beste ondorio batzuk izango ditu batera.  
Xedapen honek baldintzatu egingo du kalte-ordaina aringarri gisa erabiltzeko jokoak. Kalte-  
ordainak Kode Penal berrian beste eginkizun bat du erantzukizun zibilaren parte bat izate-  
az gainera, bada, aringarri orokor gisa taxutua agertzen da 21.5 artikuluan, "errudunak  
biktimari egin kaltea ordaintzen edo ondorioak leuntzen bederen ahalegintzea, prozedura-  
ren edozein momentutan eta ahozko epaiketa hasi aurretik". Bide horretatik behartuentzat  
pizgarri bat izango da prestazioak ordain ditzaten, baina aldi berean aringarria ez da hau-  
temango zorretan diren zenbatekoak ordaintzen ez badira.

Azkenik, eta kontuan izanik 81.3 artikuluan ezarritakoa, Kode berrian printzipioz zigorra  
betetzea eten daiteke baldin eta erantzukizun zibilak ordaintzen badira, beraz, zorra kita-  
tzea nahitaezko baldintza da asteburuko arrestoa eteteko. Xedapen hori kokatzen da na-  
bariki liskarra ebazteko bideen artean, zeinetan sartzen baitira biktimaren beharrianak.  
Horrek disuasio-eragin osagarria izango du, izan ere orain arte instituzioa orokorregi era-  
bilta izan da, aurreko Kodearen parekoa —kondenaren baldintzapeko arintzea—, esana  
dugun bezala, irizpide zuzenarekin. Haatik, ezarri behar den zigorra asteburuko arrestoa,  
prestazio ekonomikoaren aldetik kalterik gabe bete daitekeena den unetik, arrazoizkotzat  
jotzen dut zigorra eteteko baldintzatzat jartzea delituaren ondoriozko erantzukizun zibila  
ordaintzea, kalte-ordaina barne dela.

Delitu honen xede politiko-kriminalaren berrikuntzarik egokienetako bat da asteburuko arrestoa ezartzea. Ezaguna denez, zigor mota hau, aldizkako askatasun gabetzea, alegia, doktrinarentzat berrikuntzarik itxarotuena izan da. Zigor horren bidez prebentziozko interes orokorrak eta bereziak egokitu nahi dira. Alde batetik, oso larriak ez ziren delituak aurreko Kode Penalean denbora laburrean askatasuna kentzearekin edo isunarekin zehatzen ziren eta horietako bat bera ere ez zen egokia. Sei hilabetetik beherako askatasun-gabetzea alde batetik desegokitzen jotzen da laburregi delako birsozializatzeko tratamendu eraginkorra ezartzeko eta bestetik kartzelarako azpikulturaren kontaktuan izan ohi diren ondorio desozializatzaileak izateko bezain luzea. Baina, bestalderik, isunak ez du askatasun gabetzeak duen beldurra eragiteko ahalmenik. Bi horien aurrean, asteburuko arrestoak isunak baino beldurrarazpen eragin handiagoa du, baina ez, ordea, askatasun gabetze jarraiak dituen ondorio desozializatzaileak. Horregatik guztiarengatik zigor mota hori guztiz egokia da aztertzen ari garen delituarentzat, bada, delitu honen helburu behinena baldin bada prestazio ekonomikoak betearaztea, hori lortzeko bide bakarra da ezkontide behartuak bere bizimoduak gizartean eta lanean integratuta eramateko bidea izatea. Eta hori ez bakarrik, STk (38) argudiatu zuen bezala, isunak eragin negatiboa izan dezakeelako zorretan diren prestazio ekonomikoak betetzeko, baizik eta desozializatutako subjektu batek, kartzelan sartzen bere lana eta balore kodea galtzen dituenak, etorkizunean ez dituelako bere famili eginbeharrak beteko.

Gainera, prestazioak betetzeari buruzko ondorio negatiborik izan gabe zigorra betetzeko posibilitateak delitu hori argi itxuratzen du xedapen instrumental bat bezala eta bertatik desagertarazten ditu, lehen esan dudanez, legegintza sinboliko aztarna guztiak.

Gogoeta havez bestalde, nire irudiko, zigorra hobeki egokitzen zaie proportzionaltasun eskaerei. 226. artikuluan adierazten den zigor berbera da eta desobedientzia delitua baino hagitzez txikiagoa. Horregatik aukera ematen du soluzio egokiagoak eman ahal izateko. Desobedientzia delitua urte beteko kartzelarekin zehatzen da eta horrek bide ematen digu esateko 227. artikulua ez duela desbaliola delitutzat hartzen, 634. artikuluko hutsegitezat soilik. Horrela, bada, tipoa eskatu eta jurisprudenzian zehatzen diren larritasun baldintzak ematen badira, delitua hautemango da.

---

(38) Zigor hori sartu zen STk Kongresuan aurkeztu zuen zuzenkatari esker.

---

## 4.6

## DELITUAREN PRESKRIPZIOA

131. artikuluari jarraikiz, delitu hori hiru urteren buruan preskribituko da, beraz Kode Penal zaharreko 113. artikuluan ematen zen epea, bost urtekoa, murriztu egin da.

## 5.

## *Amaiera*

Delitu honen kontrako ikuspegi doktrinal orokorraren barnean, horren aldekoa naizela aitortzeak arrisku gehiegitan sar nazake. Alabaina, arrazoizkoa izan daitekeen kritika bakarra, onuradunen osasun eta biziraupenerako ordainketa-ezaren arriskugarritasuna egiazta-tu beharrik ezari dagokiona, konpon badaiteke delituaren interpretazio materialaren bide-tik, zeinek beti baztertuko bailituzke konpentsazio edo kalte-ordain motako pentsioak, or-duan nik uste dut erreforma positibotzat jo behar dela, erredakzio akats batzuk gora-behe-ra.

---

**PATRICIA LAURENZO COPELLO**

**Malagako Unibertsitateko  
Zuzenbide penaleko irakasle  
titularra**

*Sexuan*

*oinarritutako*

*diskriminazioa*

*legeria*

*penalean*

Feminismoaren literaturan zehar egin diren azterlanetan, orokorrean antolamendu juridikoaren, eta partikulariki Zuzenbide penalaren ezaugarri den ikuspegi maskulinoa agerian jarri izan da sarritan, gatazka sozialei irtenbidea emateko orduan (1). Dударik gabe eskuartean darabilgun gaia aztertzeko izan daitezkeen ikuspegietako bat da, azken buruan horrekin lortu nahi da emakumeari sistema penalean ematen zaion diskriminaziozko tratua agerian jartzea. Hala ere, gizartean desabantailazko edo menpeko posizioetan kokatuta dauden beste kolektiboekin gertatzen den bezalaxe, hemen gertatzen den paradoxa da, beren ildo zuzentzaile handienetan generoaren berezitasunei jaramonik egiten ez dietelako susmagarri diren instantzia horiek beraiek emakumea babesteko jarrera erakusten dutela errealitate komunitarioaren beste eremu batzuetan sortzen diren diskriminazio egintzen aurka (2).

Zuzenbide penalaren anbigutasun horrek —zinez arreta handia jartzen du talde margina-tuen errebindikazioetan, besteen jarrerari dagokionez, baina ez da gai bere erantzukizun kuotaz jabetzeko— sektore batzuk eraman ditu benetan zalantzan jartzera bide errepre-siboaren erabilera kolektibo batzuk pairatzen dituzten egiazko berdintasun-erak zuzentzeko. Generoaren ikuspegitik, askok salatzen dutenez, emakumeak toki autonomo bat lortzeko borroka horretan, arriskutsua da estrategia egokitzat hartzea jokabideen etengabeko krimi-nalizazioaren errebindikazioa (3). Eta ikuspuntu hori aintzat hartzekoa baldin bada babes neurri sektorialez denaz bezanbatean —pentsa adibidez, beti eztabaidatua izan den pro-situtazioaren gaiaz edo berriki onetsi den jazarpen sexualaren debeku penalaz—, are interes

(1) Auzi honetaz dauden ikuspuntu desberdinez ikus SMART, "La mujer en el discurso jurídico", in LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madril, 1994, 170. or. eta hurr.; PITCH, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", in *Democrazia e diritto*, 2. zk., 1993, 7. or. eta hurr.

(2) Esan den legez, Zuzenbide penalak emakumeaz egiten duen anbiguetatezko balorazio hori are nabarmenagoa da gizartean gutxietsita dauden beste kolektiboekin alderatuta. Horixe da, adibidez, atzerritarren kasua, horiei babes berezia ematen baitie legelariak beste batzuen jokabide xenofoboena kontra, baina aldi berean, diskriminatu egiten du bere zehapenak jartzerakoan. Horren froga da Kode Penalak Espainian egoitza ez izan-da delituren bat egiten duen arrotzarentzat aurreikusten duen kanporatzea neurri gabe erabiltzen dela. Ikus honetaz MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3. ed., Madril, 1996, 108. or. eta hurr.; GARCÍA ARÁN, in MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, P.G., 2. ed., 601. or.

(3) Ikus, adb., VAN SWAANINGEN, "Feminismo, Criminología y Derecho penal: una relación controvertida", eta BROWN, "Desviación femenina: perspectivas teóricas británicas en 1988", biak in *Papers d'estudis i formació*, 5. zk. 1989, 94. or. eta hurr. eta 29.a eta hurr. hurrenez hurren.

---

gehiago sortarazten du orokorrean diskriminaziozko jokabideen aurreko tutoretza penala-  
ren eraginkortasuna eta komenentzia eztabaidatzeko orduan. Bada, hasiera-hasieratik  
Zuzenbide penalari egozten bazaio kanon maskulinoak "normaltasunaren" paradigma  
bihurtzen dituela, eta horrekin gizartean (4) diren botere eta menpekotasun posizioak beti-  
raketzen dituela, ez da erraz ulertzen nola tresna horrek berak lehen mailako tokia izan de-  
zakeen egiazko berdintasun-ez horiek desagertarazi edo arintzeko sasoian.

Horrekin ez dut esan nahi besterik gabe baliogabetu behar denik zehapenaren bidea, bai-  
na era berean ez dirudi komenigarria denik itsu-itsuan beti bide hori hartzea, ez behintzat,  
zehatz-mehatz horren benetako onuragarritasuna eta ondorioak aztertzeke. Azterketa hori  
bereziki interesgarria da legelariak diskriminazioa —barne hartuta pertsona diskriminatua-  
ren sexuan oinarritzen den diskriminazioa— borrokatzeko modu egokiena bezala  
Zuzenbide penalaren aldeko apostua egin duen une honetan.

---

(4) Alde horretatik guztiz konbintzentea iduri du diferentziaren egituraketa juridikoari buruz historian zehar  
izan diren eredu desberdinez Ferrajolik proposatutako sailkapenak. Eredu horien artean "diferentzien homolo-  
gazio juridikoa" seinatzen du, besteak beste, Estatu liberal bati dagokiona. Horren berezitasuna arlo juridiko-  
an diferentziarik ez egitean eta ezabatzean datza, berdintasun formalaren izenean. Sistemak funtzionatuko  
badu, Zuzenbideak bere egin behar du inplizituki nortasun "normal" bat eta nortasun horri atxiki behar dizkio  
gainerako nortasun diferentzialak: "diferentzia femeninoa ez dago diskriminatua arlo juridikoan baldin eta on-  
doko arloan ezagutzen ez bada, ezkututzen edo mozarrotzen ez bada: emakumeek gizonak dituzten eskubide  
berberak dituzte, beti ere gizonak bezala hartzen direnean edo hartzeko itxura egiten denean, eta gizonen bi-  
zimodura eta portaera eruedetara egokitzen direnean". FERRAJOLI, "La differenza sessuale e le garanzie dell'u-  
guaglianza", in *Democrazia e diritto*, 2. zk., 1993, 52. or.

## *Diskriminazioaren zergatiak egungo legeria penalean*

1995eko Kode Penalak diskriminazioarekin lotzen diren agindu sorta zabal bat bildu du. Agindu horien artean aipatzekoak dira, duten garrantziagatik, diskriminazioa sortarazten duten delituak (K.P.eko 510. art.), enpleguko diskriminazioa (K.P.eko 314. art.), zerbitzu publiko nahiz pribatuko laguntza bat ukatzea (K.P.eko 511 eta 512. art.), diskriminazioa sustatzen edo eragiten duten legez kanpoko elkarteentzako zehapen berezia K.P.eko 515.5 art.) eta edozein delitu, arrazoi horiek direla medio, egitearen astungarria (K.P.eko 22. art.).

Oraingoz garrantzi handirik ez duten xehetasunez aparte, figura horietan guztietan diskriminazio zergatien bilduma homogeen bat biltzen da. Horien zerrenda, legezko terminologiarekin (5) beti bat ez datorrena, gizabanakoen inguruabar pertsonal edo sozial hauetan gauzatzen da: arraza, etnia, nazionalitatea, ideologia, erlijioa edo bestelako sinesteak, famili egoera, sexua, sexu orientabidea, gaisotasuna edo minusbaliotasuna (6). Tutoretza penaleko uniformetasun horrek ez du eskaintzen, hala ere, mintzagai dugun esparruan legelaria zehapen-eskuhartzea zabaltzera eraman zuten arrazoiaren islada egokirik. Hemen interesatzen zaigunagatik, gogoan eduki behar dugu, batez ere, legegintzako erabaki hartan sexuaren zirkunstantziak izan zuten protagonismo urria. Izan ere, eta 1983ko erreformak (7) ildo horretan egin zuten lehen bultzada salbuetsiz, gauza da aurrerapen debekatzailaren zuzeneko arrazoa oso hurrun dagoela sexuan oinarrituriko diskriminaziotik, konkretuki,

(5) Noizbehinka Kode Penalak, legegintza teknika txarrarekin, agindu batean aipatzen ditu diskriminazio zergati berberak formula desberdinen bidez. Horren adibide bat litzateke 22.4 artikuluko astungarri orokorra, non aipatzen baita zirkunstantzia astungarria dela delitua "arrazoi arrazista edo antisemitengatik" egitea, eta gero beste edozein motatako diskriminazioen artean, besteak beste, biktimaren etnia edo arraza eranstean dituelarik.

(6) Diskriminazio delituak enpleguan beste zirkunstantzia batzuk eranstean ditu, hala nola enpresako beste langile batzuekiko ahaidetasuna edo espainiar Estatuko hizkuntza ofizialetako batzuen erabilera, zeinen jatorria Langileen Estatutuko 17.1 artikuluan kokatzen baita.

(7) Handik dator zerbitzu publikoa ematean izaten den diskriminazio delitua, non sexua sartua baitzegoen ordurako diskriminazio zergatien artean. Ikus horretaz, datu gehiagorekin, LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código Penal de 1995", in *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, 226. or. eta hurr.

Europar batzarrearen kezkak sortuz atera berri diren jarrera arrazista eta xenofoboak, muturreko ideologia batzuekin lotuak (8). Eta hain da horrela, non 4/1995 Lege Organikoak (9) —egungo legeria penalean bildutako aginduen aintzindari hurbilekoa— ez baitzuen sexua hartu ere egiten diskriminazio zigorgarriaren iturri ziren zergatietan (10). Kode Penal berriari buruzko eztabaida parlamentarioan erabaki zen diskriminazio zergatiak homogeneizatzeko eta zabaltzeko, aginduetan sartzeko ordura arte aintzakotzat hartu ez ziren zirkunstantziak —adibidez, eritasuna, minusbalotasunak edo sexu-orientabidea— edo figura batzuetan soilik aurreikusten zirenak, sexuarekin (11) gertatzen zen bezala.

Babestutako kolektiboen zerrenda zabaltzearen arrazoia, ikusi den bezala zehapenak ugaltzeko bultzatzaile izan ziren zirkunstantzia penalak —hots, arraza, etnia edo nazionalitatea— erruz gainditu duena, Espainiako Konstituzioan diskriminaziorik ez izateko aginduak hartzen duen taxu eta norainokoa datza, seguru aski. Hain zuzen ere, E.E.E.aren 14. artikulua ez da mugatzen hiru kasu horiek agerian nahiz ezkutuan aipatzera eta ez da gelditzen egungo legeriak aurreikusten dituenetan —sexua, erlijioa, iritzia—, baizik eta, horrez gain, "beste edozein baldintza edo zirkunstantzia pertsonal edo sozialari" buruzko aipamen orokorraren bidezko diskriminazio zergatien bilduma zabalik uzten du. Era horretan, eta aurrerago argitzeko aukera izango dugunez, gure oinarriko legeak diskriminazioaren kontrako tutoretzan sartu nahi ditu nagusi den "normaltasun" kanonetatik kanpokoak eta, nortasun berezituko ezaugarri batzuk direla medio, gizarteak gutxietsi eta minorizatu dituen talde guztiak (12).

---

(8) Iritzi berekoa da TAMARIT SUMALLA, in QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑOZ, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Iruña, 1996, 1434. or.

(9) Aipatutako Legearen zioen adierazpenean aipatzen zen berariaz bortizkeria arrazista eta xenofoboari aurre egiteko helburua pisuzko neurriekin lortu beharra, eta ekimen horrek gai horri buruzko nazioarteko gomendioen oinarri-oinarri du sorburua. Ikus LAURENZO COPELLO, "La discriminación...", op. cit., 223 or. eta hurr.

(10) Lege horrek aurreko Kode Penalean sartu zuen, besteak beste, diskriminazioa bultzatzearen eta apologia egitearen delitua eta delitu bat arrazoi arrazistengatik edo beste mota bateko diskriminazioarengatik burutzearen astungarri orokorra. Kasu bietan jasotzen ziren zergatiak honako hauek ziren: arraza, etnia, nazionalitatea, ideologia, erlijioa eta bestelako sinesteak.

(11) Lehen ohartarazi den bezala, aurreko Kode Penalean 1983ko erreforma zela-eta sexua sartuta zegoen zerbitzu publiko bat ez ematearen zergatien artean, baina ez, ordea, 1995ean atxiki ziren beste aginduetan.

(12) Ikus, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madril, 1986, 72. or. eta hurr.

1995eko Kode Penalean biltzen diren diskriminazio zergatien sorta zabalak, beraz, Espainiako Konstituzioaren eredian du iturburua. Legelari penalak, agindu konstituzionala ahalik eta gehien errespetatu beharrez, eskuarki, ez du bereizketarik egin nahi izan gure egunotako gizartean diskriminazioen sorburu diren zirkunstantzien artean, eta ezaugarri berezitu batzuegatik marginazio edo menpekotasun egoeretan zokoratuta aurkitzen diren hiritarrei babes berdina ematera mugatu da. Haatik, tratu parekide hori, bere zentzu osoa hartzen duena bizitza komunitarioa egituratzen duten printzipio handien eremuan, hots, konstituzionalean, ez da horren argi gelditzen Zuzenbide penalak diharduen arlo konkretura jaisten denean. Kontuan hartu behar da Estatuak gatazka sozialei aurrea hartzeko esku- ra dituen tresnen artean gogorrenak zehapen penalak direla, eta hori ondo gogoan hartu behar da tutoretza eta kontrol sozialerako baliabide bezala horietara jotzea erabakitzen denean. Zuzenbide penalak erabiltzen dituen zehapenen ezaugarri honek argitzen du, bestalde, zergatik gordetzen dituen zehapen antolamenduak bere esku, kalte sozial handiena sortzen duten jokabideei, hau da, elkarbizitza komunitarioaren oinarriak modu gogorren eta larrian urratzen dituzten jokabideei aurrea hartzeko (13). Horregatik, egungo legeria penala Konstituzioan bildutako diskriminazioaren kontrako eredian oinarritzea eta Konstituzioa, bere arautegi mailan, salbuespenik gabeko onarpena merezi izatea, ez da, berez, egokitasunaren inolako bermadura, diskriminazio zigorgarriaren esparrua taxutze- rako orduan. Konstituzio antolamenduari dagokion bermaduren mailak justifikatzen du dis- kriminazioaren kontrako tutoretza era berdinean iristea gutxiespen sozialaren xede diren hi- ritar guztiengana, horiengan biltzen direlako "normaltasunetik" bereizten dituzten ezauga- rri bereizgarri batzuk, egiazko gutxiespen horren ondorioak agertzen direneko esparrua edozein izanda ere. Zuzenbide penalak, aitzitik, erne egon behar du menpekotasun jarrera horiek sortarazten dituzten ondorio berarizkoekin, bada, horiek hain urragarriak ez diren beste mekanismo juridiko batzuen bitartez bereziki larriak eta aurreikusten zailak direnean bakarrik izango da zilegi horien eskuhartzea (14). Sexuaren zirkunstantzia, diskriminazioa- ren sortzaile den nortasun agiria denez, bermadura mailen arteko diferentzien adibide ego- kia da.

Izan ere, zentzurik baldin badu ere Konstituzioaren 14. artikuluan aipatzen diren diskrimi- nazio arrazoien artean sexua berariaz jaso izanak, ukaezina delako emakumea baztertua-

---

(13) Ikus MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Bartzelona, 1994, 44. or.; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, Valentzia, 1993, 236. or. eta hurr.

(14) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bartzelona, 1992, 246. or. eta hurr.

---

go agertzen dela bizitza komunitarioan, horrek ez du esan nahi gutxiespen sozial horren ondorio praktikoak diskriminatuak ere dauden beste kolektiboek nozitzen dituztenekin kasu guztietan aldera daitezkeenik. Horrela, lan eremuan, esate baterako, sexuagatik izaten diren desabantailak arrunt parekagarriak dira arraza edo nazionalitatea dela-eta halako talde batzuek nozitzen dituztenekin, eta alderantziz, ez da berdin gertatzen begirada zuzentzen bazaio azken hauek gizartearen sektore batzuetan sortarazten duten gorrotoarekin, bortizkeriako egintza ugariren helburu bihurtzen direlarik. Hori dela-eta, Konstituzioak —bere eginkizuna ez baita diskriminazio esparru konkretuei aurre hartzea— bereizten ez duena Zuzenbide penalak bereizi behar du.

Badirudi diferentzia horiek, arautegi sektore desberdinen eginkizun konkretuekin zuzenean lotutakoak, ez dituela gogoan izan 95eko legegileak. Iduri luke, egungo Kode Penalean bildutako diskriminazio mota desberdinen aurrean emakumearen babes penala hasiera batean arazo konkretu honekin zerikusi gehiegirik ez duen bigarren mailako eta gehiegi pentsatu gabeko erabaki baten ondorioa dela. Laburtuz, legeria zigorgarri berria egungo gizartearen berdintasun-ezak sortzen dituen zirkunstantzia pertsonal guztiak inolako sailkapenik egin gabe biltzera mugatu da, horietako bakoitzaren ondorio bereziei erreparatu gabe.

Egoera hori ikusita eta kontuan hartuz mintzagai dugun diskriminazio zergatiaren ezaugarriak, zeinetan saiatuko bainaiz fenomeno konkretu honi Zuzenbide penalaren errepresiobi-deekin aurrea hartzearen komenigarritasunaz arrazoizko dudaren bat edo beste gutxienez sartzen.

## *Diskriminazioaren kontrako aginduaren zentzua eta norainokoa*

Aurreko atalean iradoki dut sexuagatik pertsona bat diskriminatzeko debeku penala emakumearen tutoretza espezifikoa dela eta ez, pentsa zitekeenez, emakumeak eta gizonak modu "neutroan" babesteko formula bat, bata zein bestea tratu desberdinerara behartuak daudenean beste sexuaren aldetik. Hipotesi hori Konstituzioan agertzen den diskriminazio kontzeptuaren menpe dago zuzenki. Ikus dezagun, bada.

**1.** Doktrinaren sektore garrantzitsu batek eta Konstituzio Auzitegiak berak —1987. urtetik aitzina (15)— diferentzia nabarmen batzuk adierazten dituzte legearen aurreko berdintasunaren —formazko berdintasuna—, Espainiako Konstituzioaren 14. artikuluko lehenengo idazatian bildutakoaren eta hasierako adierazpen hari darraion diskriminazio-ezeko aginduaren artean.

Korrante horren arabera, diskriminatzeko debekua egiazko datu batean oinarritzen da, errealitate sozialetik heldu dena eta ez (halabeharrez bederen) arautegiaren eremutik, eta horrek bide ematen du gutxietsitako talde sozialen existentzia egiaztatzeko, horien kideengan nagusitu diren "normaltasun" kanonetatik urruntzen dituzten ezaugarri pertsonal berezi batzuk izatearen ondorioz. Beste hitz batzuen bidez esateko, nortasun ezaugarri batzuk amankomunean dituzten kolektibo batzuk dira, nagusi den taldearenak ez bezalakoak eta, diferentzia horiengatik hain zuzen ere, gutxiespen sozialaren helburu direnak (16). Hementxe datza, gainerakoan, teoriarik gaur egun onartzen den "gutxiengo" kontzeptua, zenbakizko gutxiagotasunarekin identifikatzen ez den irizpidea, baizik eta kolektibo horiek, beren ezaugarri diferentzialengatik, egitura komunitarioan betetzen duten desabantailazko kokapenarekin (17).

(15) Ikus FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", in *Relaciones Laborales*, I-1993, 160 or. eta hurr.

(16) Ikus RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Igualdad...", op. cit., 72. or. eta hurr.; DE LUCAS, "Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 15. zk., 1993, 101. or.

(17) Ikus DE LUCAS, "Algunos problemas...", op. cit., 99. or. eta hurr.

Errealitate horretaz jabeturik, ez da oso zaila ondorioztatzea menpekotasun egoera horrek eragina duela eskubide eta askatasun publikoen benetako erabileran, izan ere, hasierako egoera horrek desabantailan jartzen ditu gehiengoaren taldearen barruan ezaugarri diferentzial horiek dituztenak. Beste modu batera esateko, eskubide eta askatasunez baliatzeko batzuek eta besteek dituzten aukerak ez dira berdinak: nagusitu den taldeak duen abantaila da bere kideek betetzen dituztela gizarteak "normaltasunaren" ezaugarritzat baloratzen eta ezagutzen dituen baldintzak. Besteek, ordea, beren diferentziak dakartzkien oztopoak gainditu behar dituzte. Horiek horrela, legearen aurreko berdintasun hori ez da nahikoa, Konstituzioaren 9.2 artikulua dioen arabera, botere publikoek (18) sustatu behar duten berdintasun egiazko eta eraginkorra bermatzeko. Fernández Lópezek egokiro adierazten duen bezala, egiazko berdintasun-ez horiek "ukatu egiten dute, hain justu, berdintasun printzipioaren gaineko aipamenaren oinarria: hiritar guztiak, formalki berdinak izanik ere, egiaz ez da horrela gertatzen, ez dira berdinak, askotan, beren borondateaz bestera, faktore batzuek eskubideen erabilera eragozten dietelako" (19).

Era horretan justifikatzen da gizartearen menpekoak diren taldeak Estatuaren aldetik tutoretza gehigarri bat izatea, hain zuzen ere desabantailazko egoeraren sortzaile diren baldintzak (20) zuzenean deuseztera bideratutako tutoretza. Eta horrexegatik Konstituzioak irmoki debekatzen du kolektibo batzuen gutxiespen sozialaren oinarri diren zergatietan oinarritutako edozein tratu desberdin erabiltzea. Diskriminazioaren kontrako agindua, beraz, ez da berdintasun formalaren printzipioaren gauzatze soil bat, funtsezko berdintasuna gauzatzea eragozten duten oztopoak gainditzera berariaz bideratutako neurri bat baizik.

Diskriminazioaren debeku tuitibo garbiaren zentzuak bide eman dio konstituzio jurisprudentziari orokorreko tratu desberdina eta diskriminaziozko tratua bereizten dituen jarraibideak trazatzeko. Lehenbiziko ezaugarria da arrazoizkotasun eza izatea diferentzietan, hau

---

(18) Ikus FERRAJOLI, "La diferencia...", op. cit., 65. or. eta hurr.; PÉREZ DEL RÍO, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del trabajo*, Madril, 1984, 15. or. eta hurr.

(19) FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", op. cit., 154. or., azpimarraketa erantsia.

(20) Ikus REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madril, 1995, 59. or. Sexuen arteko aukera berdintasuna sustatzea helburu duen nazioarteko araudiaren laburpen bat ikus daiteke QUESADA SEGURAren *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria* lanean, Sevilla/Málaga, 1994, 21. or. eta hurr.

da, bi hiritarrei tratu desberdina ematea horretarako egiazko arrazoirik izan gabe (21). Desberdintasunak gai honetan arbitrariotasun zentzua du. Diskriminaziozko tratua, ordea, ez da diferentziarako arrazoirik ezarekin identifikatzen, zergati horien izaerarekin baizik, kaltetuaren ezaugarri batzuetan oinarritzen delako, gizarteak gutxiesten dituztenak, horrela bide ematen delarik lehendik dauden egiazko diferentzia horiek (22) betirakotzeko eta areagotzeko ere. Tratu desberdina gizarteak erdeinatzen eta gaitzesten duenean, bada, benetako portaera diskriminatzailearen aurrean egongo gara. Horrek argitzen du gizon-emakumeen arteko tratu desberdintasunari buruzko Konstituzio Auzitegiaren epai batzuk zergatik espreski aipatzen duten emakumeek gure gizartean nozitu duten marginaziozko egoera historikoa (23). Ez da datu hutsal edo hala-holako bat, baizik eta bereizkeriazko tratua izatera jukatzeko balio duen funtsezko parametroa.

**2.** Diskriminazioaren kontrako aginduaren edukia ausnartzeko modu honen berehalako ondorioa da horren alde bakarreko izaera, hots, egiazko marginazioa pairatzen dutenei aplikatzea (24). Bereizkeriazko tratuak kaltetzen duena talde gutxietsitako baten partaide denean bakarrik mintza daiteke diskriminazio egintza batez, bada, agindu horrek zentzurik baldin badauka horrelako taldeak existitzen direlako da. Irudimen ariketa bat eginez, esan genezake gizarte idealizatu batean, hiritar guztiek errespetu eta onarpen sozial berdina izango luketen gizarte batean, diskriminazioaren debekuak ez lukeela inolako zentzurik izango edo, gauza bera dena, legearen aurreko berdintasun printzipioa aski litzatekeela denei bermatzeko eskubideak eta askatasunak benetan erabili ahal izatea. Gauzak horrela ikusirik, baieztatu daiteke, legerian erabilitako formula neutroak gora-behera, fenomeno horri

---

(21) Lehenbiziko aldian, Konstituzio Auzitegiak kasu hauek bereizketarik egin gabe aplikatu zizkion emakumeek batez ere lan eremuan nozitzen zuten tratu kaltegarriari. Ikus REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, op. cit., 18. or. eta hurr.

(22) Ikus FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", op. cit., 163. or.

(23) Zentzu horretan bereziki esanguratsua da Konstituzio Auzitegiaren 128/1987 Epaia, askok testuan adierazi den jurisprudentzia doktrinaren abiapuntutzat jotzen dutena. Are argiagoa dirudi Konstituzio Auzitegiaren 145/1991 Epaia, non zera dioen: "Diskriminatzearen kontrako konstituzio debekua —ezaugarri pertsonalgatik eta bereziki sexuagatik, emakumea sozialki finkatua eta historikoki gutxiespen sozial, ekonomiko eta juridikoaren helburu izan den talde baten partaide izatearen seinale gisa— berdintasunaren funtsezko nozioarekin ere lotzen da" (F.J.2).

(24) Horrela, argudio sendoekin, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", op. cit., 160. or.

aurrea hartzeko arauzko agindu guztiek beren edukietatik kanpoan uzten dituztela nagusi den taldearen identitatea osatzen duten pertsonak. Hain zuzen ere Konstituzioak edo Kode Penalak arraza, sexua edo etnia aipatzen dituztenean beren tutoretza zuzentzen ari zaie arraza beltzeko pertsoneri, emakumeei edo ijitoei eta, jakina, ez arraza zurikoei, gizonei edo "payoei".

Hemen darabilgun gaiari gagozkiolarik, aurreko horretatik ateratzen den ondorioa da emakumeari, sexu bateko partaide delako soilik egiten zaion kaltea, diskriminaziozko kaltea dela, eta alderantzizkoa gertatzen denean, tratu desberdinaren helburu gizonezkoa denean, alegia, ezin daitekeela ondorio bera atera. Hortaz, guztiz justifikagarriak dira ekintza positiboak (25). Horien ezaugarria, kasu honetan, emakumeen aldeko tratua da, eskubideak eta askatasunak gizonezkoekin berdintasunean erabiltzea eragozten dieten oztupoak kentzera bideratua (26). Horrela iritsi gara diskriminazioaren kontrako aginduaren beste alderdira, hau da, desberdintasun batzuk onargarri egiten duenera, hain justu, desberdintasun horiek arauz onartzen diren zirkunstantzia pertsonaletakoren batetan oinarritzen direla-

---

(25) Europako Batasuna lan munduan mota horretako neurriak hartzearen alde agertu da eta bultzatu nahi izan ditu, aukera berdintasuna sustatzeko hainbat programaren bidez. Ikus QUESADA SEGURA, *Guía...*, op. cit. 22. or. eta hurr.

(26) Konstituzio Auzitegiaren 128/1987 Epaia kasu horien adibide garbia da. Auzitegiak erabaki beharra zuen ea gizonezkoekin diskriminatzaila ote zen INSALUDen arau bat, zeinak haurtzaindegi prestazioa ematen baitzuen sei urtez beherako seme-alabak zituen emakumezko langile guztiei, eskubide hori gizonezko alargunei bakarrik ematen zitzairenean. Gizartean ongi errotuak dauden ohituren arabera emakumeari ematen zaio seme-alabak zaintzearen eginkizun behinena, eta egitate horretan oinarrituz epaiak diskriminaziozko tratua dela ukatzen du, ulertzen baitu neurri horren helburua emakumeek betidanik aurkitu dituzten oztupoetako bat kentzea dela. Jurisprudenzia konstituzionalaren azterketa xehe baterako ikus REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, op. cit. 21. or. eta hurr.

ko (27). Baieztapen horrek, lehenbiziko begiradan EEEaren 14. artikularen zuzeneko adieraren kontrakoa dirudienak ("Sexua dela-eta... ezin daiteke inolako diskriminazioaren prebalentziarik onartu"), alabaina, legitimitate osoa hartzen du aginduaren xedeari erreparatzen bazaio. Are gehiago, azken ikuspegi horretatik, kontraesaneko bakarra litzateke ekintza positiboak galaraztea diskriminazioaren debekuan babestuz. Bada, agindu horren zergatia identitate ezaugarri batzuk hiritar batzuei dakartzkien desabantailetan kokatzen baldin bada, erabat zentzugabekoa izango da arau hori berori oztopo bat izatea egiazko desoreka hori zuzentzeko neurriak aurrera eramateko (28). Hori ikusirik, posible da defendatzea diskriminazioaren debekua eta sozialki menpekotasunean dauden taldeen aldeko desberdintasun batzuek txanpon bateko aurkia eta iruntzia baizik ez direla.

---

(27) Nolanahi ere, begibistakoa da diskriminazioaren kontrako aginduaren bidez babestutako talderen baten onerako den tratu diferentzia ez dela aski justifikatuta gelditzen. Konstituzio Auzitegiak emakumeen aldeko ekintza positiboan norainokoa zehazterakoan franko poliki ohartarazi duen bezala, banan-banan ikusmiratu behar da neurri "konpentsatzailea" den eta ez jarrera "paternalista" hutsa, azken buruan emakumeen kalterako izan daitekeena, haien ahuldade eta otzantasunaren irudia betirakotuz. Horrela ulertu zuen auzitegi nagusiak emakumei meategietan lan egitea debekatu nahi izan zitzaizkien kasuan —Konstituzio Auzitegiaren 229/92 Epaia— edo hegaldiko laguntzaileek erretiro aurreratua izateko eskubidearen kasuan —Konstituzio Auzitegiaren 207/87 Epaia. Ikus gai honi buruz REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, op. cit., 25. or. eta hurr. Erabaki "paternalista" hutsaren adibide egokia da eta, ondorioz, emakumezkoen menpekotasuna betiko iraunarazten du, ikus: ELLIS-en *Sex discrimination law*, Aldershot, 1988, 76. or. eta hurr.: 4.000 langile inguru zuten lantegi batean, horietako 400 emakumezkoak, hauei lanaldia gizonetzkoen baino bost minutu lehenago amaitzen uzten zieten, batera ateratzean gerta ohi diren jendetza-pilaketak saihestearren. Britaina Handiko Auzitegi batean emandako epai baten bidez erabaki zen gizonetzkoentzako ez zela neurri "diskriminatzailea", eta beste argudio batzuen artean, "jendetasun eta adeitasunaren" funtsa besterik ez zela adierazten, eta horiek, nagusitu diren balore sozialen arabera, gizonetzkoek erakutsi behar dietela emakumezkoen.

(28) DWORKIN-ek adierazten duenez, hiritar guztien arteko berdintasun maila handiagoak lortzera bideratutako neurriak Justiziaren ikuspuntutik justifikatzen dira, izan ere, "berdintasun handiagoko gizarte bat gizarte hobea da, bertako hiritarrek berdintasun-eza nahiago izan arren", "La discriminación inversa", in *Los derechos en serio*, Bartzelona, 1984 (1995eko berrinprimaketa aipatzen da), 347. or.

**3.** Orain arte esandakoagatik bukatzen ahal dugu, esanaz, aurreratu genuen bezala, diskriminazioaren debekua ez dela berdintasun printzipioaren konkrezio huts bat, baizik eta, hiritar guztientzako eskubide eta askatasunen erabilpenaren bermadura, berdintasunezko baldintzetan, hots, pertsonen arteko berezitasunen gainetik. Era horretan diskriminazioa "berdintzearekin" nahasteko arriskuari itzuri egin dakioke. Gauza ez da diferentziak ahaztea, aitzitik baizik, horiek errespetatuak izango direla eta askatasunean egiaz bizitzeko oztopo ez direla izango segurtatzea (29). Diskriminazioaren aurkako aginduak inplikatu du, beraz, aniztasuna bermatzea, diferentziak baieztatzea (30) eta, horrexegatik, duintasun pertsonalaren printzipioak arauz onartzea (31).

Diskriminazio ezaren eta diferentziak ez ezagutzearen arteko urruntasun hori onuragarria da, bestalde, gutxiengoak nagusi den taldearen ereduari asimilatuz fenomeno horri aurrea hartzea nahi duten neurriei bidea ixteko, izan ere eredu horrek gizartean nagusitu diren balorazioak berariaz aitortu besterik ez du egiten, betiko iraunarazten duelarik talde horiek nozitzen duten menpekotasuna. Diskriminazioaren debekua, aldiz, diferentzia bermatzeko modu bat bezala azaltzen bada, horren prebentzioak oso bestelako zentzua hartzen du, zeina modu orokorrean agian deskriba baitaiteke talde bakoitzaren esparru autonomo —ez menpeko— baten bilaketa bezala, zein bere nortasun propioarekin.

---

(29) Horrela, argudio hagitz borobilekin, FERRAJOLI, "La diferencia...", op. cit., 52. or. eta hurr.

(30) Ibidem, 59. or. eta hurr.

(31) Ikus FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", op. cit., 154. or.

#### 4.

## *Zuzenbide penala sexuan oinarritutako diskriminazioaren aurrean: kostuak eta etekinak*

#### 4.1

### **ESKUHARTZE PENALAREN ZENTZUA ETA HAREN ERAGINA DISKRIMINAZIOAREN BERARIAZKO ZERGATIEN GAINEAN**

Aurreko atalean ezarri den lotura, diskriminaziozko egiazko egoera oro funtsezko eskubideez benetan baliatzeko orduan nozitzen duten urragarrtasun handiagoarekin lotzen dituen, agian abiapuntu egokia izan daiteke fenomeno horien prebentzian Zuzenbide penalak duen papera hobeki ulertzeko. Izan ere, hasieratik ulertzen bada gizarte talde batzuek bizi dituzten marginazioak eta gutxiespen sozialak egiazko arriskua sor dezaketela oinarritzko eskubideen aurka, bidezkoa da pentsatzea zehapen antolamenduak kontuan hartu behar duela arrisku gehigarri hori eta pertsona horiei babes handiagoa eman behar diela. Kontua ez da, noski, talde batzuei beste ematen ez zaien abantaila ematea, baizik eta arriskuan daudenei babesa ematea, nahiz eta beste batzuek egoera horretan ez izan (32).

---

(32) Horregatik ez nator bat diskriminazioaren arloan eskuhartze penalaren kontra gure artean gogor azaldu den PORTILLA CONTRERASEkin, in: COBO DEL ROSAL (zuz.), *Curso de Derecho penal español*, P.E. II, Madril, 1997, 678. or. eta hurr. Egia da Zuzenbide penala ez dela tresnarik egokiena nagusitu diren balore sozialak iraultzeko, horrela diskriminazioa sortarazten duten zergatiak kenduko lirakeelarrik, eta harekin bat nator hezkuntzari funtsezko papera eman behar zaiola dioenean. Baina argi dago azken bide hori, zeina lortzeko ahalgina egin behar baita, nola ezl, epe luzerako estrategia da. Eta, bien bitartean, gizartearen talde batzuk arriskuan daude modu kezagarrian, intolerantzia eta indarkeriazko jokoera duten taldeen aldetik. Gutxi batzuen funtsezko eskubideen kontrako egiazko arrisku horren aurrean Zuzenbide penalak ezin du ezikusiarrena egin. Arazoa alde batera utziko balu berriro ere bere joera diskriminatzailea erakutsiko luke, eta mugatuko litzateke gehiengo nagusiak bere oinarritzko eskubideen aurkako balizko erasoak sentitzen eta nozitzen duen gunean jardutera. Horrek ez digu erakusten gure legegariak aukeratu duen eredu egokiena denik. Aitzitik, burutu dituen gehiegikeria paternalistek —itxurakeria eskerga barne dela, Portillak dioen bezala— ezin dute gezurtatu egungo indarkeriazko intolerantziaren ernamuinei aurre egiteko zehapen antolamendura jotzeko erabakiaren arazoia.

Beste hitzetan esateko, Zuzenbide penalak era berdinean segurtatzen die hiritarrei funtsezko eskubideen tutoretza esparru jakin bat —biziaren kasuan, esate baterako, hilketari delituaren bidez eta are egitate horretara eragitearen bidez—. Gainera, mekanismo berariazkoak sartzen ditu, talde horiei ukitzen dieten arrisku gehigarrii aurrea hartzeko bideratuak. Horrela argitzen du, a.b. indarkeria arrazista, xenofobo edo antzerakoa eragiteagatiko zehapena (K.P.eko 510. art. ) (33), delitu horri dagokionez, helburua da, besteak beste, talde marginatu bateko partaide izateagatik arraza, nazionalitate, joera sexual, eta abarreko pertsonak beren bizirako edo integritate fisikorako izan dezaketen arrisku bereziaren aurrean neurriak hartzea.

Baina, premisa horiek berak, oro har Zuzenbide penalera jotzea justifikatzen dutenak, aldi berean zalantza larriak sortarazten dituzte diskriminazioari aurrea hartzeko bideratutako delitu guztietan, diskriminazio auzien erabateko homogeneousunari eustea komenigarria eta egokia den erabakitzerakoan. Izan ere, berehalaxe ulertzen da menpekotasun egoeren sortzaile diren zirkunstantzia pertsonal edo sozial guztiek ez dakartzatela arrisku mota berdinak funtsezko eskubideez baliatzeko. De Lucasek dioen bezala, diskriminazio auziaren arabera zehaztu ahalko da urragarri izateko bereziki sentikorrek (34) diren eskubide edo ondasunen esparrua. Eta hortxe datza, nire ustez, sexuaren berezitasuna diskriminazioaren zergati bezala.

Ez da ezbaian jartzen sexua pertsonen nortasunaren datu bat dela, talde bat —emakumeak— beste talde baten menpekotasun egoeran jartzen duena, eta horregatik gogor defendatu dut emakume bati emandako tratu kaltegarria, emakumea izate hutsagatik, diskriminatzailea dela. Baina hori bezain egia da populazioaren sektore honek oraindik nozitzen duen desabantailazko egoera nekez konpara daitekeela legeria penalak beti asimilatu nahi dituen beste taldeekin, adibidez, arraza, nazionalitate nahiz homosexualen taldeekin. Zenbaitetan, esaterako lan arloan, urragarritasun esparruak bat egiten badute ere, denok dakigu beste hainbat arrisku badirela, zinezko "marginaltasun" egoerei dagozkienak —eta

---

(33) Delitu horrek beste bi modalitate ditu: diskriminazioa eta gorrotoa eragitea, nire iritziz testuaren argudioekin argitu ezin daitezkeenak. Dena den, horrek ez du baliogabetzen azaldutako justifikazioa, baizik eta agerian jarri besterik ez du egiten behin eta berriro burutu diren gehiegikerietarik bat eskuhartze penala benetan justifikatzen duten diskriminaziozko jokabideak salkatzerakoan. Arazo honetaz luze eta zabal aritu naiz "La discriminación en el Código Penal de 1995" artikuluan.

(34) Ikus DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madril, 1994, 192. or. eta hurr.

ez bakarrik “menpekotasun” egoerei—, eta horiek oraindik ere emakumeek pairatzen duten diskriminazioekin ez dute deus ikustekorik.

Horrela, pentsatzen baldin bada K.P.eko 510. artikuluan bildutako diskriminazio arrazoiak direla-eta indarkeria eragitearen delituan, justifikazioen bat aurki dakioko marginatuen sektore batzuek azken denboraldietan pairatzen ari diren erasoei erreparatuz —pentsa adibidez, hirugarren mundutik datozen legez kanpoko etorkinetan—. Arlo honetan funtzionatzen du eskuhartze penalari egotzi dizkiogun nortasunaren eskubideen bermadura osagarriaren paperak, begibistakoa baita basakeria horiek ez doazela pertsona orok berdintasunez tratatuak izateko dituzten eskubideak urratzera bakarrik, horrezaz gainera, arrisku larrian jartzeko baitituzte pertsonen bizia edo integritate fisikoa. Baina begiratzen diogunean gaurko gure mintzagaiari —sexuari—, lehengo justifikazioa desagertu egiten da. Nork aipa dezake gure gizarte honetan kasu bakar bat, emakumea —sexu honetakoa izateagatik bakarrik— bortizkeriazko eraso antolatuen edo antolatu gabeen helburu izan dena? (35).

Seguraski esango da, guztiarekin ere, gure gizartean sexu honen bazterketaren adierazpen ugari daudela, eta horrek, bistan da, nagusitu den eredu diskriminatzailea betiko iraunarazten du. Horrek argitu lezake, adibidez, “... sexuagatik pertsonen kontrako diskriminazioa, gorrotoa edo bortizkeria sustatzen edo eragiten duten legez kanpoko elkarteentzako” zehapena jartzea ( K.P.eko 515.5 art.). Hitzez hitz hartuz gero, agindu honek bide emango luke bi urtetik laura arteko kartzelarekin zigortzeko, besteak beste, emakumeen parte hartzea debekatzen duten halako jaialdi batzuetako elkarte antolatzaileen arduradunak, eta urte batetik hirura gainerako kideak (36). Galde daiteke ea zentzurik ba ote duen —edo justifikaziorik— gogortasun berarekin hartzea guztiz integratuak baina mentalitate atzerakoiekoak diren gizabanakoak eta bortizkeria arrazista eta xenofoboaren sustatzaile diren talde neonaziak.

---

(35) Agian batek baino gehiagok gogoratuko du prostitutek jasaten duten jazarpena, anitzetan etorkinei edo homosexuali erasotzen dieten talde intoleranteen aldetik. Baina kasu horietan erasoen arrazoa ez datza sexuan —eraso horietatik ez baitaude salbuetsita prostituzioan ari diren gizasemeak ere—, baizik eta burutzen duten jarduera motan. Zirkunstantzia hori, bestalde, ez da ulertzen zergatik ez dagoen diskriminazio zigorgarrien multzoan sartuta.

(36) Gainera isunak jartzea guztiei eta gaitasungabetzea lehenbizikoei. Ikus K.P.eko 517. art.

Puntu honetara iritsita, nahitaezkoa da nor bere buruari galdetzea ea aipatu ditugun diskriminaziozko jokabideei aurre egiteko Zuzenbide penala erabiltzea eta harengana jotzea merezi ote duen.

Segurki alega daiteke sexua gainerako diskriminazio zigorgarrien artean sartzeak duen abantaila dela gizarteari oroitaraztea emakumea oraindik ere bizitza komunitarioan menpekotasunezko tokian dagoela, hau da, sexua populazioaren sektore batentzat kalterako iturria dela. Baina eginkizun hertsiki sinboliko honetatik aparte (37), ez da erraza beste onurarik sumatzea eta bai, ordea, eragozpenak franko.

Alde batetik, ukaezina da legelariak neurritz gainera babes eskainiz gero arriskua dagoela betiko iraunarazteko babes berezia duen emakumearen irudia, ahula, eta Estatuaren babes paternalistatik gabe berarenganako errespetoa lortzeko gai ez dena (38).

Gainera ez litzateke erdeinatu behar epaileengan bide errepresiboa gehiegi erabiltzeak sortaraz dezakeen mesfidantza, zeren eta jarrera horrek eragin makurra ekarriko bailukete emakumeen funtsezko interesei begiratuta. Epaitegietan gaur egun pentsioak ez ordaintzearen delituaz egiten ari diren aplikazioak —sektore feminista batzuen beste garaipen bat dena, beren eskari kriminalizatzaileetan— adibide egokia eskaintzen digu. Ikus dezagun. Berriki, arloko azterlan baten bidez (39) aukera izan dugu egiaztatzeko kasurik gehienetan senarrari, banantzearen ondorioz emazteari edo seme-alabei zor dien prestazio ekonomiko ez ordaintzeagatik ezarritako zigorrak ez duela legeak aurreikusitako gutxienekoa gaintzen (40), edozein direla ere ez ordaintze horrek onuradunen egoeran izan ditzakeen benetako ondorioak. Oso adierazgarria da ez betetzearen denborari zein garrantzi gutxi ematen zaion, horregatik ondorio penalak arras berdintsuak dira bi hilabete nahiz bi ur-

(37) Ikus alde horretatik VAN SWAANINGEN, "Feminismo,...", op. cit., 95 or.

(38) Ikus LARRAURI, in *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, op. cit., 100. or.

(39) Ikus SILLERO CROVETTO/LAURENZO COPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Sevilla/Málaga, 1996. Bertan aztertzen dira Malagan, 1992/1993 tartean, penaleko eta familiako epaitegietan erregistratutako pentsio ordaindu gabeen kasuak.

(40) Aurreko oharrean aipatu azterlanean —112. or. eta hurr.— frogatzen da kondenetatik % 63an epaileen erabakia izan zela askatasun gabetzeko zigorrak arinena ezartzea, eta proportzio hori % 96ra iritsi zelarik isunari dagokionez.

tebete ordaindu gabe egonagatik (41). Horrela, pentsioak ez ordaintzeagatik lortu nahi zen prebentziozko eragina franko ahultzen da, ordaintzen ez duenak badakielako salaketa penala gertatzen ez deino, egokitu lekiokoen zigorra beti bera izango dela, ordaindu gabeko tartea luzea zein laburra izan. Era horretako interpretazio batek, bistan denez, eragina du beren itxaropena Zuzenbide penalean ezarri zuten emakumeengan, bai beraien eta baita beren seme-alaben mantenurako hileroko dirua behar baitute eta ez mendeku mota gisa edo zor bat kobratzeko asmoz. Eraginkortasun prebentiboaren ahulezia horren erantzukizuna ezin dakioke Zuzenbidearen aplikatzailei soilik egotzi. Nagusitu den interpretazio hertsigarria ez dirudi urrun dagoenik pentsioak ez ordaintzearen delitua neurritz gainera hedatzetik —kasu batzuetan behar gorriaren sortzaile diren bitartean, beste batzuetan familia baten biziraupen duinaren baldintzak (42) ez dira oztopatzen— eta hortik ondorioztatzen da zorregatik kartzelaratzeko onartezinaren susmoa (43). Legelaria zuhurragoa izan balitz arlo horretako erantzukizun penala taxutzerako orduan, onuradunen egoera pertsonalaren gainean ondorio larria sortzen duten ez betetzeak zehatzera mugatuz, behar bada epaileek ez zuketean horrenbesteko errezeloa izango zigorrak zorrotz aplikatzeko eta Zuzenbide penalaren arau orokorrei jarraitzeko orduan.

Aipatu dugun bezalako adibideak ikusita, harritzekoa da sexuan oinarritutako diskriminazioaren arloan legeria penalak, beste behin ere, gehiegikeriazko paternalismoa aukeratu izana. Gaurko gizartean emakumeek egiaz nozitzen ez dituzten arriskuak ekiditera bideratutako delitu batzuetan sexuaren zergatiaren presentziak gehiegikeriak sortaraz ditzake eta gerta daiteke gehiegikeria horiek pentsioak ez ordaintzearen kasuez arestian ikusi dugunaren antzeko ondorioa ekartzea. Horrela, lehen aipatutako adibidea erabiliz, epaileak giza banako batzuk zigortu beharrean aurkituko balira, zergatik, eta herriko jaialdi batzuetan emakumeak baztertzeagatik, —nire ustez behar duen garrantzirik ez duena zehapen es-

---

(41) *Ibidem*, 143. or. eta hurr. Nahiz eta kasurik gehienetan ez ordaintzearen aldia legean aurreikusitako tarreetako bat baino gehiagorekin bat egiten den, epaitegiek ez dute delituen pilaketa aplikatzen eta arruntean zigorra zehazteko ez dute kontuan ere hartzen ez betetzea zenbat luzatu den.

(42) Epaileek horrela ulertu dutela dirudi, aginduari hitzez hitz jarraituz. Zuzenbide penalaren bermadura xedeen interpretazio arretatsu batek bide emango luke kasu batzuk alde batera uzteko, adibidez, onuradunen funtsezko ondasunentzako arriskurik ez dutelako bazter uzten direnak. Zehaztasunez agertarazi dut gai honi buruzko nire iritzia in LAURENZO COPELLO, "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", in *CPC* 51. zk., 1993, 792. or. eta hurr.

(43) Ikus ildo honetatik BOIX REIG, in *La reforma penal de 1989*, Valentzia, 1989, 171. or. eta hurr.; GÓMEZ PAVÓN, "El impago de pensiones alimenticias (K.P.eko 487.bis art.). Su posible inconstitucionalidad", in *CPC* 44. zk. 1991, 309. or. Horren aurka, aldiz, PÉREZ MANZANO, "El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio", in *Poder Judicial*, 21. zk., 1991, 45. or. eta hurr.

kuhartze bat justifikatzeko—, ez litzateke batere harrigarria izango diskriminazio murriztuaren kontzeptuaren aldeko apostua egitea absoluziozko epaia justifikatzeko, eta bide horrek, azken buruan, kontrako eragina izango luke emakumeen eskubideentzako oztopo egiazkoa eta larria sexua izan ohi den esparruetan, hala nola enpleguko diskriminazioaren kasuan.

Zuzenbide penalaren eginkizun sinbolikora jotzearen eragozpenak ez dira hor bukatzen, baina. Botere publikoek beraiek ere bide horretan aitzakia bikaina aurki dezakete Konstituzioak berdintasun egiazkoa eta eraginkorra berma dezaketen baldintzak bilatzeko esleitzen dien erantzukizunari itzuri egiteko (Espainiako Konstituzioaren 9.2 art.). Izan ere, mundu guztiak daki askozaz ere errazagoa eta erosoagoa zaiola Estatuari Kode Penalean bildutako delituen zerrenda handitzea, gure garaiko gizartean kokapen autonomo bat izateko emakumeak aurkitzen dituen egiazko oztopoak deusezte baina. Eta, gainera, sexuan oinarritutako diskriminazioaren kontrako borrokaren buruzagi diren sektoreek harrera ona egiten badiote Zuzenbide penalera neurritz kanpora jotzeko jarrerari eta are haren handipena sustatu nahi badute, nekez aurpegiratu dakieke botere publikoei bide errazena eta arazo gutxien dakarzkiena aukeratu izana (44).

Laburbilduz, aipatutako eragozpenek zapuztu egiten dute, indarrean dagoen Kode Penalean jokabide kopuru handi bat zehatzeko bide diren arrazoi diskriminatzaileen artean, sexuaren presentziak izan zezakeen eragin sinbolikoa.

Delitu horien aplikazioaren ikuspuntu praktikoetatik bezala egungo egoeran egiazko aldaketak sortzeko estrategia egokienak bilatzearen ikuspegi zabalago batetik ere, orokorrean Zuzenbide penalerako joerak, arazo errealak konpondu ordez soluzioa bilatzeko oztopo berri bat bihurtzeko arriskua du. Horrek, hala ere, ez du esan nahi besterik gabe baztertu behar denik zigor penalen balizko eraginkortasuna. Agian, enpleguko diskriminazio delitua izan daiteke alde horretatik azterketa zorrotza merezi duen salbuespena. Bada, egia izanik ere jokabide horiek kriminalizatzearekin ez dela lortuko nagusi diren balorazio sozialengan aldaketa erabakigarriak, horrek ez du deusetan galarazten Zuzenbide penalaren eskuhartzea pertsonen eskubide oinarritzkoak urratzeko arrisku larria susmatzen den orotan. Eta, ikuspegi horretatik, ukaezinak dira emakume askori beren lanaren gutxiespenak dakarzkien kalte larriak.

---

(44) Horregatik arrazoa dute halako talde feministei eskuhartze penal handiagoa eskatu izana gaitzesen dieten autoreek. Azken finean, zuzenki adierazi denez, jarrera horiek sistema penalaren handitze prozesuari bultzada ematea besterik ez dute lortzen eta horrek ikusteko gutxi du oraingo pentsamendu feminista eraiki duten postulatu aurrerazaleekin. Ikus VAN SWAANINGEN, "Feminismo...", op. cit., 98. or.; UIT BEIJERSE/KOOL, "La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", in LARRAURI, *Mujeres...*, op. cit., 161. or.

---

**MIREN ORTUBAY FUENTES**

**Deustuko Unibertsitateko  
Zuzenbide penaleko irakaslea.  
Bilbao**

*Askatasun*

*sexualaren*

*babes penala:*

*ikuspegi*

*berriak\**

\* Txosten hau Emakundek "Askatasun sexualaren kontrako delituak: bortxaketa eta erasoak" gaiari buruz antolatutako Jardunaldietan agertu zen (1993ko apirilaren 29/30). Argitalpen honetan bildu diren Jardunaldien edukiarekin duen loturagatik, bertan sartzea interesgarritzat jo da.

## 1.

Kode Penalaren (K.P.) erreforma garrantzi handiko gertaera da herri baten bizitza sozial eta politikoa. Lege penalean gizarte antolatuak adierazten du, printzipioen aldarrikapen orokor gisa, zein diren babes berezia merezi duten baloreak eta interesak, horienganako errespetua ezinbestekoa delako elkarbizitzarako.

Arrazoi horregatik beharrezkoa da emakumeok adieraz ditzagun gure iritzia eta gure iradokizunak erreforma honen inguruan: legeak zor historiko bat dauka gurekin; boterearen mekanismoetan sarbide handiagoa dutenen irizpide sozialen eta interesen islada bezala, legezko arauak balio izan dute "sexu ahula" menperatzen duten eskema patriarkalak sendotzeko, emakumeaz izan den pertsona babesgabe, pasibo eta gizonaren menpeko izatearen irudian oinarrituta. Horrelako estereotipoak desagertu beharko lirateke erabat, eta, zorionez, horrela gertatzen ari da, gainbehera baitoaz emakumeen autokontzientzia gero eta indartsuagoari esker. Autokontzientzia hori eskubide berak dituen pertsonaren askatasunaren errebindikazioan eta parte hartze aktiboan islatzen da, nahiz eta oraindik ere eskubide horiek gauzatzeko zenbait arazo izan. Ez dira gizabanakoaren arazo hutsak edo etxekoak, gizartean eta politikan eragin handia duten auziak baizik, eztabaida publikoan agertarazi beharko liratekeenak.

Emakumeen kontrako bortizkeria arazo kezkagarria da, gaur egun oraindik dirauten domeinu eskemen adierazpenik zantarrena. Eskema horiek ezkutuan edo agertzen dira berdintasuna aitortu eta bultzatzearen aurkako diskriminazio eta erresistentzien multzoan.

Emakumeok geure gogoeta aportatu behar dugu eta geure ahotsa entzunarazi. Eta horretarako, Emakunde pribilegiozko foroa da. Aukera berezia eskaintzen digu jarrera diferentek ezagutzeko, eztabaidarako eta, azken buruan, gogoeta lasaia egiteko gehiegitan hunkiberatasun eta irrazionalitatez beterik agertzen den gai honen gainean.

Ondoko gogoetak oinarrizko bi ideia hauek ditu helburu: arazo hauen aurrean botere publikoen ekin beharra eta zehapen sistemaren ezaugarriak ikusirik eskuhartze penalak dituen mugak.

Alde batetik, emakumeek bizitza sozialaren eremu guztietan diskriminazioaz, menpekotasunaz eta egunerokotasunean gertatzen diren injustizia sistematikoez duten kontzientzia ikusiz, pentsatzekoa da Zuzenbide penala berdintasun efektiboa sustatzeko tresna bat izan daitekeela edo, behinik behin, emakumezkoen kolektiboek nozitzen dituzten hainbat egoera begibistan jarri eta arazo sozialaren kategoriara eramateko. Ikusirik legelariak nola biltzen dituen oinarrizko eskubideen inguruko jokabideak eta kalte jasangaitza nola enfokatzeko edo azpimarratzen duen, ondorioz adierazi egin behar da non datzan erauzi gogo den arazoa. Egun salatzen diren familia barruko tratatu txarrak, edo banantze nahiz dibortzioaren ondoriozko pentsioak ez ordaintzeagatik zehapena, eremu honetako arazoetarikoz batzuk aitortzearen emaitza dira, eta horrek lehenagoko irizpideekiko aldaketa bat adierazten du.

Beste alde batetik, sistema penalaren funtzionamendua ezagutzen dugularik, geure eszeptizismoa adierazi besterik ezin dezakegu egin zehapen erreakziotik espero daitezkeen ondorioei buruz. Zuzenbide penalak erakutsi du tresna arriskutsua dela, konpontzen dituenak baino arazo gehiago sor ditzakeela. Eskuhartze penalak kostu sozial handia dakar berekin: bereziki iraupen luzeko kartzela zigorrei dagokienez, sortarazten den sufrimendua maiz aski antzua da, kriminogenoa ez denean, zigortuaren familiari eta talde sozial osoari ondorio desiragaitzak dakartzkiena. Horren kariaz, zigortzeko ahalmen estatala zilegi da erabiltzea baldin eta muga zehatzak errespetatzen badira: azkeneko baliabide bezala erabiltzen denean, eta antzeko efikazia duten baliabide ez hain gogorak erabiltzerik ez dagoenean. Gizarte anitz eta parte hartzaile batek —berdintasuna, aniztasuna eta partaidetza babesten eta sustatzen dituen gizarte batek— ahalmena izan behar du liskarren aurrean erreakzio eta konpontze baliabideez hornitzeko, beti ere baliabide horiek Zuzenbide penala bezain traumatikoak izan gabe eta bidenabar aberasgarriagoak. Zuzenbide penalak bere ekintza eremua kasurik larrienetara mugatu behar du, Ferrajolik dioen bezala, bortizkeriaren minimizazioa bermatzeko (1).

(1) Zuzenbide penalaren asmoa da indarkeria minimizatzea biktimarentzat garrantzia izanik —haren interesen tutoretza eta prebentziorako bide bezala— bai eta delitugilearentzat ere —zehapen erreakzio bezala, segurtasun juridiko, penal eta prozesalen eta proportzionaltasunaren printzipioen menpe—. Ikus FERRAJOLI, L., "Derecho penal mínimo", in: *Poder y Control*, 0 zk., 1986, 25-48 orr.

Bi asmo horiek bateratzea —alde batetik, emakumeen interesen tutoretza menpekotasun edo diskriminazio egoeren aurrean, eta bestetik Zuzenbide penalaren erabilera mugatua— politika kriminalaren eginkizun zorrotza da. Diskriminazio eta menpekotasun egoerak erazteko balio dezakeen tresna juridikoen artikulazioak duen garrantziari buruzko sentibiltateak ez du esan nahi ahaztu behar denik tresna penala beti ez dela egokiena izaten. Eta batez ere kontuan hartu behar da zehapen erreakzio baten eraginkortasuna ez dela zigorraren intentsitateagatik neurtzen, ziurtasunagatik baizik, hau da, aplikatzeko probabilitate handiena izateagatik, Beccaria-k duela bi mende baino lehenago adierazi zuen bezala.

Pentsa daiteke Zuzenbide penal minimo baten ideia bateraezina dela mendeetan zehar baztertuak izan diren gizarte talde edo kolektiboen interesen beharrezko babesarekin, zeinen errebindikazio zuzenek eskatzen baitute sistema juridikoaren egokitzapena. Ezaguna da 80ko hamarkadan sistemaren mugimendu sozial kritikoak deitzen ziren haiek Zuzenbide penalaren aurrean zeukaten jarrera aldatu zutela. Emakumeen mugimenduen ezaugarri bat beren sen libertarioa izan da, bai eta beste batzuen ere, hala nola ekologista, bakezale, langile, kontsumitzaile eta abarrena, hitz batean laburbiltzeko haien antiinstituzionaltasuna, buruztarik gabeko egitura, errepresentatibitatearen antolaketa eza, etab. Alabaina, duela urte batzuetatik hona, kolektibo horiek beren interesak, orain arte sistemak oroitzen ez zituenak, defendatzeko, hasi dira jada gero eta Zuzenbide penaleko eskari gehiago egiten (2).

Joera berri honen aurreneko eragina agertzen da sistema penalaren nolabaiteko birlegitimazioan. Duela urte gutxi batzuk sistema penala ezkerreko talde aurrerazaleen kritikak jaso behar izan bazuen ere —zapaltzailea zelako eta gizartean bereizketa eta berdintasun-ezak ugaltzen zituelako—, orain “ezker berria” deitzen duen horrek asmoa du zehapen sistema kolektibo sozial behartsuenen gidari bihurtzea. Boteretsuen tresna zela-eta sistema penalaren diskurtso deslegitimatzailearen ordezkatasun tresna bezala errebindikatzen da (3).

(2) Emakumeen taldeen inguruan eta, zehazki, mugimendu feministaren baitan askatasun sexualen gaineko kanpainak izan duten adieraren inguruan, lan hauek kontsulta daitezke, besteak beste: TAMAR PITCH-en “Violence sexuelle, mouvement féministe et criminologie critique”, in: *Déviante et Société*, 1985, 9. liburukia, 3. zk., 257-265 orr., eta “From Oppressed to Victims: Collective Actors and the Symbolic Use of the Criminal Justice System”, in: SILBEY/SARATS (Arg.), *Studies in Law, Politics and Society*, 1990, 10, 103-117 orr.

(3) Gai honi buruz, kritikoki, aurreko oharrean aipatutako lanez aparte kontsulta daiteke, BERGALLI, R./BODELÓN, E., “La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico”, in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, 43-73 orr.

Zuzenbide penalaren indar simbolikoa eta adierazgarria orain bideratzen ari da azalera-  
tzen ari diren interes berriak babestearen aldera, zeinek laguntasuna izango baitute lege  
penaletan sartzen diren figura deliktibo berrien bitartez. Horren nabaria ez dena da figura  
deliktibo berri horiek egiaz eraginkorrak izan diren ala ez, jokoan diren interesen garrant-  
ziaren aitortpen formalak izan dezakeen esanahiaz landa (4).

Bortizkeria sexualaren arloan, bortxaketa delitua Zuzenbide penaleko gune tradizionalakoa  
da, zeinentzat beti izan baita deliturik larrienetakoa, baina beti ere, hasiera-hasieratik fa-  
miliaren —aitaren edo senarraren— “ohorearen” ikuspegitik eta moral sexualetik “onesta-  
suna” aurkako delitu bezala itxuratua. Pertsona ororen autonomi eta berdintasun premi-  
setatik abiatuta, sexualitateak pertsonaren garapenean duen eragin positiboa ulertuta, eta  
emakumearen eskubideak errebindikatzean oinarrituta, jakina, ezin zitekeen interpretazio  
hura mantendu, eta ondorioz, berriki delitu horiei buruzko Tituluaren izena aldatu eta hone-  
la eman da “askatasun sexualaren aurkako delituak” (ekainaren 21eko 3/1989 L.O.).  
Aldaketa hori, hasteko, positiboki baloratu behar da, baina, aurrerago azalduko dugunez,  
figura deliktiboen itxuraketa berri honetan ez da ikuspegi “maskulinoa” gainditu, penetra-  
zioa aipatzen delarik eraso larrienaren adierazgarri bezala.

Emakumearen kontrako bortizkeria sexualaren esanahia, gizonezkoaren plazer hutsezko  
objektu izanik emakumearen menpekotasunezko egoerak berdin diravela adierazten due-  
na, lausotua gelditzen da arazo soziala den ikuspuntutik. Figura deliktibo berriak sortu iza-  
na justifikatzeko eskuhartze penalaren legitimaziozko azalpen ugari eman dira honakoak  
azpimarratuz: eskubide kolektiboen garrantzia, interes kontrajarrien tentsioa eta estatu so-  
zialean aurrera egin beharra (esate baterako, langileen kontrako delituetan, zerbitzu publi-  
koetan izaten diren diskriminazio delituetan...), baina delitu sexualei dagokionez azalpe-  
nak askatasun indibiduala aipatzearekin bukatzen dira.

Bortxaketagatik jartzen diren zigorrei dagokienez, tradizioz hilketarekin parekatzen bai-  
tzen, itxuraz logikoa den erreakzioa da zigor horri, gutxienez, dagoenetan eustea. Hala eta  
guztiz ere, tutoretza penalaren eraginkortasuna zigorraren larrian baino gehiago delituen  
zehapena egiazko bihurtzean datza. Asmoa baldin bada benetako babesa ematea, eremu  
honetan emakumearen duintasunarekiko mespretxuzkoak ziren jokabideen aniztasuna kon-  
tuan hartuta, bortxaketarako zigorrik handienak eskatzea kontrako norabidean doa: beste

---

(4) Ikus HASSEMER, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, in: *Pena y Estado*, 23-36  
orr.

---

eraso sintomatikoen garrantzia lausotzeko balio du, eguneroko arazo sozialaren errealitatea desenfokatzeko delako.

Emakumeen interesen aitorpen sozialaren eta defentsa (5) juridikoaren ideia bateragarria da Zuzenbide penal minimoaren ideiarekin, are gehiago, bi alderdiok elkar osatzen dute. Emakumeen kontrako bortizkeria, agerpen guztietan, ezabatzeko borroka kasurik adierazgarrietan Zuzenbide penalaren eskuhartzea behar du, baina Zuzenbide penalaren eskuhartze eraginkorrak es du esan nahi kartzela zigor luzeak ezarri behar direnik.

---

(5) Zentzu horretan ikus BARRERE, M.A., "Feminismo y garantismo: ¿una teoría del Derecho feminista?", in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, 75-89 orr.

## *Emakumeen interesen tutoretza penala: aukerak eta ondorioak*

Txosten honen esparruan, asmoa ez da orokorrean Zuzenbideari buruzko edo zehazki (6) politika kriminalari buruzko teoria feminista desberdinak berraztertzea. Une honetan interesatzen zaigun bakarra da, laburki bada ere, bi lerro konkretu aipatzea, Italian askatasun sexualaren (7) kontrako delituen erreforma egiterakoan sortu zirenak, egungo feminismoaren oinarritzko bi orientabideren ordezkari baitira. Lehenbizikoaren asmoa da berdintasuna lortzea emakumeen interesen defentsan gizonetzkoen aurrean, eta bigarrenak diferentziaren errespetoa lortzea du helburu, emakumeen arazoan berarizkotasuna eta bizitzaren antolakuntza nabarmenduz.

1. "Berdintasun politika". Pertsona guztiak berdinak izatearen printzipiotik abiatuta, emakumeen "hiritartasun" osoa lortu nahi du eta tresna juridikoak, penala barne, berdintasunez aplikatzea. Horrek berekin dakar emakumearen "ahuleziaren" tutoretzan iradokitako babes arauak ezabatzea eta eskubideen irizpenean normalizatzea. Horrela, bortxaketa pertsonen aurkako delitutzat hartzen da, beti ere ofizio bidez zeha daitekeena. Horrela aprobetxatu nahi da Zuzenbide penalaren izaera sinbolikoa, hunkipenezko indarra eta mehatxu penalak printzipio bat, berdintasunaren printzipioa, ondorio guztietarako aitortua izateko ematen duen unibertsaltasun izaera. Zuzenbide penalaren eskuhartze desiratuak, zigor larriekin, agerian utzi nahi du emakumeen zapalkuntza.

2. "Diferentziaren politika". Bi sexuak diferenteak eta parekideak direla legez aitortu beharra planteatzen du. Esparru penalean eta erasoan arloan, nabarmentzen da bortxaketaren

(6) Hauek kontsulta daitezke: DAHL, T.S. *Women's Law. An introduction to Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1987 (Gaztelera eman dago, M.C. APREDAk itzulia, *El derecho de la mujer, Vindicación feminista Arg.*, Madril, 1991) eta MACKINNON, C.A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, England and U.S.A., Harvard University Press, 1987.

(7) Ikuspegi bien laburpen bat, aipamen bibliografikoak eta guzti in: PITCH, T., "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée", in: *Déviance et Société*, 16. liburukia, 1992, 3. zk. 263-270 orr. (Gai honi buruz artikulua gehiago dago aldizkari horretan). Italiarren eztabaidaren sintesi on bat dago Milango Emakumeen Liburudendan, *No creas tener derechos*, M.C. MONTAGUTen itzulpena, Madril, Horas y horas Arg., 1991, 80-93 orr.

izaera sexuala eta sexuatua; pertsonen kontrako beste erasoekin ezin daiteke alderatu, bortxaketan mamitzen direlako emakumeek nozitzen dituzten beste indarkeria eta zapalkuntza batzuk, eta bi sexuen arteko gatazka gordinki adierazten duelako, emakumea erabili eta menperatzeko gizonezkoen ahalegina, alegia. Zuzenbide penala, gizasemearen irudira —historikoki protagonista bakarrak bizitza publikoan— eta gizasemeen arteko liskarrak ebazteko eratua izan dena, ez da tresna egokia gizonen eta emakumeen arteko gora-beheren konponbide zuzena aurkitzeko. Hori dela-eta, Zuzenbide penalaren eskuhartzea bigarren mailan zokoratuta geldituko litzateke, eta lehen mailan emango litzaioke emakumeen askatasuna, boterea eta baliabideak indartzei. Proposamen horiekin bat etorritik, bortxaketa Zuzenbide penalaren aldetik zehatuko litzateke baldin eta biktimak hala nahiko balu, baina emakume batzuek besteekiko elkartzunezko eskuhartzea bultzatuko litzateke, biktimari laguntza emanez erasotzailearekin dituen lokarriak (ekonomikoak, afektiboak...) moztu eta autoestimua eta autonomia indartu ditzan.

Bistan da bi planteamendu erabat desberdinak direla. Lehenbizikoa errazago onartu dute gizarteak eta legegariak, seguraski eskuhartze handiagoa legitimatzeko ondorioarengatik. Zuzenbide penalaren eginkizun sinbolikoa aipatzen du, gizartean eskaini dezakeen eragin ahalmena baino handiagoa leporatzen zaiolarik. Sistema penalaren gaitasunean jartzen den konfiantza hori azkenean itzaropideen zapuzketa bihurtzen da, garrantzi handiena zehapen erantzunari eman ondoren, beste neurri konplexuagoak baina epe luzean eraginkorragoak eraten ez direnean. Ezaguna da zigorrak gogortzea arazo larriak eragozteko errezeta magikoa bailitzan hartzea, eta bide horretatik jotzeko ia beti daude prest politikoa zein legegariak, askozaz errazagoa delako arazoaren sustraietara modu arrazionalen zuzendutako neurri orokorrak eratzeari baina.

Era horretan erreformak burutu dituzten nazioetan —Holandan, adibidez— halako insatisfakzio bat antzematen da: kriminalizazio prozesuak ez die itzaropide eta errebindikazio feministei erantzuten; legeak ez du emakumeen ikuspuntua gauzatzen, hau da, bortizkeria sexualak beste alderdi batzuen seinale dela, hala nola zapalketarena edo rol sexualen eratzearena. Zuzenbide penalaren eskuhartzeak gizartearen eta egituraren arazo bat auzi indibidual bihurtzen du, hau da, emakume konkretu baten —biktima bilakatu denez, Estatuaren babesa behar duena— eta gizaseme konkretu baten arteko gertakizuna da —errudun bakar gisa agertzen dena eta, horregatik, zigortua izan behar duena—. Azken buruan, Zuzenbide penalak liskarrak bereganatu eta eraldatu egiten ditu (8).

---

(8) Gatazken "birdefinizioaren" gai hau zabalkiro jorratzen dute BERGALLI/BODELÓN-ek, "La cuestión de las mujeres", op. cit. 56. or. eta hurr.

Insatisfakzioa, beraz, orokorrangoak diren beste arazo batzuekin batean, esate baterako giro errepresiboa gogortzea eta gizabanakoen bermadurei (9) buruzko planteamendu penalen atzerapausoa.

Zuzenbide penalari ezin dakioke eska eman dezakeena baino gehiago. Pertsonen arteko berdintasuna onartzearen aurrerapen soziokulturala eta emakumearen menpekotasun eskemak suntsitzea ez dira lege penal soilaz lortzen. Neurri orokorrak ez izatea ezin daiteke gehiegizko zehapen erreakzioarekin ordezkatu. Alabaina, Zuzenbide penalari eska dakioke eta eskatu behar zaio jokabideen tipifikazioan jokabide horiek harreman sozialen testuinguruan duten esanahi errealarari errepara diezaiola. Ukitutako kolektiboen ikuspegia eta tutoretza penalaren xedea emakumezkoen diskriminazio eta menpekotasunarenganako erdeinua adieraztera bideratzen dela aitortzea, islatu behar dira jokabide agresiboak definitzeko eta sailkatzeko moduan. Era berean, gai honen berezitasunak eskatzen du biktima-renganako errespetua segurtatzen duten neurri prozesalak osatzea eta laguntza neurriak ematea delitua gertatu ondoren, prozesuan zehar eta epaiketaren ostean, beti ere arazoari egokituz.

Espainiako Kode Penalak askatasun sexualaren kontrako delituei buruz eskaintzen duen tratamendu konkretuaz, 1989an burutu zen erreformak lehen zirriboratu dugun eskemari jarraitzen dio: eskuhartzeaz gizarteak egiten dituen eskariak —arrunt legitimoak— eta emakumeen mobilizazioak ikusi ondotik formazko aldaketa batera pasatu zen. Legelariak bortxaketaren kontzeptu penala zabaldu zuen: subjektu pasiboa edo biktima gizonezkoa zein emakumezkoa izan daiteke, eransten da uzki nahiz ahoko penetrazioa eta aurrerantzean ere bortxaketatzat hartuko da adimen gabeko pertsonekin edo baimena emateko juridikoki gai ez direnekin harreman sexualak izatea. Aldi berean eraso sexual larriagotuen figura jaso da. Bortxaketarentzako zigorra lehenean utzi da, 12 urtetik 20ra arte, hilketarentzat ezartzen den bezalakoa. Horrela, planteatu diren errebindikazioak baretzea lortu da, zigorraren larriak duen eragin sinbolikoa indartu delarik.

Baina, lortutako emaitzak aztertzen baditugu, ez da aurreko urteetan baino eraginkortasun handiagorik ikusten: kondena kopurua ez da gehitu, ez eta salaketen kopurua ere, nabarmentzeko moduan ez behintzat, besteak beste, prozedura emakumearentzako esperientzia penagarria delako gaur egun ere. Eta batez ere, sendotu egin da egitatearen larria pene-

---

(9) Ikus SNIDER, L., "Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social", in: *Criminologie*, Québec, XXV. liburukia, 1. zk., 1992, 5-25 orr.

---

trazioan datzala irizten duen ideia eta prozesuan zehar frogantza xehetasun horren inguruan ibiliko da delitua burutu den ala ez berresteko... eta frogantzako zailtasunak eramango du bortxaketagatiko kondena larri hori eraso sexualagatik ordezkatzera, ez delako horren larria, eta horrela biktimaren salaketa ezbaian jartzea lortzen da.

4.

## *1992ko Proiektuan eta Kode Penalean onetsitako askatasun sexualaren kontrako delituen erregulariziorari buruzko hartarazpenak*

Testuinguru honetan, K.P.eko proiektuak (PLOCP 1992) zer aportazio egiten du? Proiektu horrek 1989ko erreforma sendotu besterik ez du egiten. Zigorren aldaketa, emakume talde baten jadanik kritikatu duena, ez da benetan adierazgarria: gaur egungo iraupena, 12 urtetik 20ra artekoa, Proiektuan 8tik 12ra jaitea Kodean zigor guztien gaineko birformulazio orokorrari zor zaio, besteak beste, "lan eginaz zigorrak barkatu edo murriztearen" figura desagertu delako (10).

Ezbaian jarri da, halaber, bortxaketaren eta hilketaren zigorren artean egin izan den parekatzea hautsi izana. Hala eta guztiz ere, aurreko egoera hark proportzionaltasunaren printzipioa urratzen zuen, zeinen arabera, larritasun desberdineko egintzei zigor desberdinak baitagozkie. Printzipio orokor hura oinarritzkoa zen Zuzenbide penal demokratiko batean. Baina, horrezaz gainera, askatasun sexualaren eta emakumearen bizitzaren arteko parekatetako ondasun juridiko horren balio galtzea eta gutxiespena dakartza. Harako idea hura, "hobe hila desohoratu baino", beste aro batekoa eta emakumearen beste kontzeptzio batekoa da eta izan behar du.

---

(10) Ezaguna da abantail penitentiario hori aplikatuz askatasun gabetzearen iraupen egiazkoa heren bat murriztu daitekeela. Murriztapena besterik gabe aplikatzen ez bada ere, sailkapen penitentiarioaren arabera bai zik, gauza da oso zabaldua dagoela horren aplikazioa. Zigorren iraupen formalaren eta errearen arteko bat ez etortze horrek, K.P.eko askatasun gabetze motako zigorren sumindurarekin lotuta, komenigarri egiten zuen zigor erantzun guztiak "jaisteko bidean" berraztertzea. Kontuan hartzen badugu hartu zen erabakia gutxienez heren bat jaitea izan zela, esan genezake bortxaketa delituagatik zigorra ez dela murriztu kopuru erlatiboetan. Haatik, aipatu parametroa aplikatzen bazaio askatasun sexualaren kontrako beste delituentzako zigorraren beheko mugari, ikusten da kasu batzuetan ez dela aldatu —beraz, erlatiboki handitu egin da— (prebalentziako estuproa, adibidez) eta, beste batzuetan beheko muga igo egin dela —handitu egin da kopuru absolutuetan— eraso sexualaren oinarritzko figuran edo iruzurrezko estuproan gertatzen den bezala. Azterketaren ildo beretik, baieztatu daiteke hilketaren zigorra larriagotu egin dela besteekin alderatuta, heren bat baino gutxiago murriztu baita.

---

Figura deliktiboak ere ia berdin segitzen dute.

Proposamen konkretuak egiten hasi aurretik komeni da egungo lege erregulazioaz ohartarazpen batzuk egitea, Proiektuak oso-osoan bere egiten dituenak. Bereziki bortxaketa delituaz ari gara sistemaren muina delako. Gainerako figura tipoak horren inguruan itxuratzen dira.

Azpimarratu behar den lehenbizikoa da bortxaketaren kontzeptu penala eraikita dagoela gizonaren gorputzatal sexualaren parte hartzean: bagina, uzki edo ahoko penetrazioa. Hori da haragizko sarbidearen definizioa, legelariaren iritziz emakumeari egiten ahal zaion abusu sexual larriena; jokabide hori bortxaketa gisa kalifikatzeko indarkeria edo larzeria erabili behar izan da, edo biktimaren adimengabeziaz edo erotasunaz abusatzea, edo haragizko sarbidea izatea 12 urtetik beherako pertsona batekin.

Erasorik larrientzat jotzen den bortxaketaren definizioa, alde batetik sobera mugatua da eta, bestetik, zabalegia. Mugatuegia da biktimarentzat eta, zehazki, emakumearen ikuspegitik, bere gorputzaren manipulazio sexuala eta bere borondatearen kontra menperatu behar izana ez da gizonaren organo sexuala sartzea edo ez sartzegatik larriagoa izango nahitaez. Munta txikiagokotzat jotzen diren erasoak (430. art.), bortxaketa kontzeptutik kanpo geratzen direnak, egitateen ezaugarriak eta inguruabarrak nolakoak diren, erasotuari laido, arrisku edo trauma handiagoak sortarazten ahal dizkiote.

Beste aldetik, kodeak eskaintzen duen bortxaketa kontzeptua zabalegia da, egile-biktima erlazioari dagokionez kasu desberdinak parekatzen dituelako —zigor bera ezarriz—, eta larritasun txikiagokoak jotzen direlako biktimaren autonomiarekiko inposaketa eta ukapenari dagokienean. Adimengabeko pertsona kalte sexualetik babesteko tutoretza bat dator esandakoarekin, baina praktikan, biktima oligofrenikoa den kasuetara mugatzen da eta, izatez, estuprora bideratzen dira. Eta, 12 urtetik beherako pertsonen, beren egintzen garrantzia ezagutzeko heldutasunera iritsi ez diren horiei buruz, harako baieztapen hura, hots, baimendutako harreman sexuala bortxaketa bezain larria dela dioena ezin daiteke oinarritu onestasanaren gaineko gogoeta zaharkituetan.

Patxadaz eta aurreiritzirik gabe pentsatuz gero, onartu behar da 12 urte bete behar duen neskatzarekin izaten den harreman sexual guztiek ez dutela eragin berbera haren garapenean. Ez da gauza bera 16 edo 18 urteko mutil ezagun batekin neskak, berak hala nahita, izan ditzakeen joko sexualak, eta ezezagun baten eraso sexuala. Beraz, kasuak berdinak ez badira ezin daiteke zigor bera jarri eta horren larria, gainera. Ildo beretik iru-

dika daitezke beste hainbat kasu, nozitzen dituenarentzat arras esanahi desberdinekoak direnak.

Horren azpian dagoen arazoa da "bortxaketa" aipatzen denean burura datorkigula estereotipo bat: eraso bortitza, zakarra, ezezagun batek edo batzuek burutua, emakumearen askatasuna ezezik haren integritate fisikoa eta psikikoa ere urratzen dituen. Hala ere, datu empirikoek frogatzen dute era horretako erasoak gutxienetan gertatzen dela, izan ere, salatzen diren bortxaketen erdietan gutxi gorabehera erasotzailea erasotuaren ezagunen artekoa izan ohi da.

Eta egoera hori kezagarria da, zeren zigor hori, kasurik larrienetan egokia dela onartuta ere, desegokia baita gainontzekoetan. Eta, jakina, parekatze horren ondorioak ez dira desiragarriak inondik ere, ez bakarrik eraso jasangaitzenak parekatzean gai hutsal bihurtzen dituztelako, baizik eta, batez ere zeharka bada ere bidegabeko absoluzio ugari ekartzen dituelako.

Zentzugabekeria horien jatorria da bortxaketa delituaren itxuraketa, zein sexualitatearen eta askatasun sexualaren arketipo maskulinoetan oinarritzen baita. Ikuspuntu falokratikoa, zakilaren eta penetrazioaren inguruan eta hortxe bakarrik zentratzen dena, tradizioari eta gaur egun, dagoeneko, gainditurik egon beharko liratekeen iritziei egiten zaien kontzesio historikoa da. Emakumearen "ohorea" eta "onestasuna" bezalako ereduak aitaren edo senarraren eta familia osoaren ondare moral izateak esplikatzen du finkapen maskulino hura; horrela ulertzen da zergatik jartzen zitzaion horren zigor larria —hilketagatik jartzen zena— emakume zintzoaren ezkontzaz kanpoko koitoagatik, hain zuzen ere horixe zelako ezkontzaren merkatuan gehien debaluatzen zuena. Emakumearen balioa bere donzellatasunak ematen bazion, haren aurka egin zitekeen erasorik larriena penetrazioa zen, jakina. Gaur egun halako pentsakera, bere karikaturazko adierazpenean, gaitzesten bada ere, horrek ez du esan nahi gainditua denik hor barrenean dagoen ongi errotutako eskema hau: emakumea sexualitate maskulinoaren objektu izatea, gizonaren nagusitasuna sexu harremanetan eta gizasemearen sexualitatearen agerpenei ematen zaien balio berezia. Gure iritziak, emakumeari autonomia sexuala aitortu izanak ez du esan nahi haren sexualitatearen bizipenari eta agerpenei balio edo garrantzi berbera ematen zaienik. Nolaerebait implizitoki zera dago: "zakila da gehien sufriaraz dezakeena plazer gehien eman dezakeelako". Horrela azalera ateratzen da sexualitatea ulertzeko modu bat, sexualitatearen esanahi eta espresabideari buruz molde maskulinoetan lotua.

---

Delitu sexualak biltzen dituen tituluaren izenburua aldatzeak —orain “askatasun sexualaren aurkako delituak”— eta lehen aipatu diren aldaketek ez dute sakoneko eskema eraldatu. Delitu motak orain ere penetrazioaren inguruan dabilta, horrek kasurik larriena definitzen du eta muga bat ezartzen du beste figurekiko, zeinek konpartimentu iragazkaitzak bailiran operatzen baitute: bortxaketa, penetrazioa tarteko; eraso sexuala, penetraziorik gabe; eta eraso sexual larria, penetrazioa gizonaren organo sexuala ez den beste objektu baten bidez burutzen bada (11).

---

(11) Eraso sexual larritzat hartzen da, halaber, “erasoa bitarteko, modu edo tresna zantar, degradagarri edo iraingarriak erabiliz burutzen bada”, kasu horiek bortxaketa bera bezain larriak edo larriagoak izan baitaitezke.

Sistema penalaren mugapenen barnean, zeina, bistakoa denez, ezin izan baitaiteke esku artean darabiltzagun arazoak gainditzeko tresna bakarra ezta nagusia ere, irizpide orientatzaileak aldatzeko ahalegin bat egin beharko litzateke, hala eraso sexuareko jokabideen definizioari eta sailkapenari dagokionez nola zehapen erantzunei.

**A)** Jokabide deliktiboen oinarrizko itxuraketari buruz, aukera bat izan daiteke bortxaketaren eta gainerako eraso sexualen arteko bereizkuntza mantentzea. Kasu honetan, komenigarria litzateke bortxaketaren gutxieneko zigorra jaistea, horrela eraso sexualentzako aurreikusitako zigorraren parean jarriko litzateke, gertakizunen larritasuna, penetrazioarekin nahitaez lotu behar ez dena, baloratu ahal izan dadin. Hau da, figura "ebakitzailen" sistema hobesten da, eta ez "tangenteena", adibidez Alemaniako Kode Penalak ezarri duenaren antzekoa (12). Edonola ere, sistema honetan argiro bereizi beharko lirateke eraso bortitza eta biktimaren baimena emateko ezgaitasuna (adimengabea) edo baimen nabaria ematekoa (12 urtetik beherakoak, eritasun mentala).

Erreforma gogorragoa litzateke eraso sexualaren figura oinarrizko bat sortzea. Figura hori, pertsona baten inplikazioan oinarrituta, testuinguru sexual batean kokatuko litzateke (13). Horren zabala den delitu mota batek egungoa baino zigor askoz txikiagoa izan beharko luke (koakzioen edo egungo eraso sexual "arinen" antzekoa), eta zirkunstantzia astungarri zenbaitek osatuko lukete, beti ere penetrazioaren ingurutik aparte eta funtsean objektiboak izatekotan, adibidez: armak erabiltzea, erasotzaile bat baino gehiago izatea, integritate fisiko nahiz psikikorako arriskua, bitarteko bereziki zantarrak edo degradagarriak...

(12) StGB 177. paragrafoak eta ondokoek bortxaketagatik 2 urtetik 15era arteko zigorra ezartzen dute eta, kasu ez horren larrietan, 3 hilabetetik 5 urtera artekoak. Eraso sexualak urte betetik 10 urtera arteko zigorra izango du eta, kasu ez horren larrietan, hiru hilabetetik 5 urtera artekoak. Pertsona baten ezgaitasunaz edo adimengabeziak aprobetxatuz bortxaketa gertatzen denean, zigorra urte betetik 10 urtera artekoa izango da eta, kasu ez hain larrietan, 3 hilabetetik 5 urtera artekoa. Abusu sexuala 5 urterekin zigor daiteke, gehienez ere, edo isun batekin.

(13) Zabalkiro ekintza sexualaren kontzeptu orokorrari buruz, ikus DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual*. Bosch Arg.

Figura hau aplikatu beharko litzateke beste delituekin batera, hala nola, lesioak (fisiko nahiz psikikoak), legez kontrako bahiketa, etab., gaur egun egiten ez dena, hein batean, oinarritzko zigorra larria delako.

Edozein modutan ere, estuproaren oraingo figurei buruz, beharrezkoa da gogoeta bat egitea lasai eta patxadaz, ea tipo independente moduan mantentzea komenigarri den ala ez, edo baimen biziatu edo hutsalaren bidez burututako jokabideetan sartu behar diren, dagozkien graduaketa ezarriz nagusikeriaren garrantziaren arabera. Orobat, gogoeta egiten segitu behar da beste puntu batzuek gaitzat hartuz, adibidez, kasu guztietan ofizio bidez jardutearen abantailak eta kalteak.

Bigarren tokian proposatutako sistemak, Kanadan (14) indarrean dagoenaren antzekoak, hainbat abantaila ditu, horietako nagusia emakumearen borondatea azpimarratzen dela, beraz, aski da adostasun eza frogatzea eta, orain ez bezala, ez dago zertan eskatu erresistentzia "irra, iraunkorra,..." . Era horretan, haserrea eragiten duten epaiak, guztiok buuruan ditugunak, ekidingo liriteke eta, bestalde, kondena kopurua gehituz sistema penalerako konfiantza indartuko litzatekeenez salaketan kopurua gehitu eta horrekin batera jendeak oraindik ere neurri handi batean ezkutaturik dagoen arazo honetaz duen pertzepzioa hobetuko litzateke.

**B)** Egokitzat har daitezkeen zigorrei dagokienez, uste dugu zehapen erantzunaren be-reizketak egiteko aukera eta malgutasuna mantendu behar dela, batez ere ez hain larriak diren kasuetan, inguruabar guztiak kontuan hartuz gero. Abusu multzo batez ari gara hitz egiten, ez bakarrik prototipoa den bortxaketaz, indarkeria barne. Hori dela-eta, esparru honetatik ezin daiteke baztertu askatasun gabetzearen zigorrari alternatibak bilatzeko aukera. Kartzelak, jakinaenez, erantzukizun eza eta pasibotasuna suspertzen du, bortizkerian oinarritutako harremanak eta indartsuenaren legea, eta gainera gizartearenganako mendeku nahikundeak eta biktimaren sufrimenduenganako mespretxua sortarazten ditu (15) . Kaltea ordainaraztea edo gizartearen alde lan egitea izan daiteke erantzun egokiagoa eta onuragarriagoa gizartearentzat eta biktimarentzat eta zigortua bera bergizarteratzearen aldera.

---

(14) Kanaditar sistemaren gaineko azterlan deskriptibo interesgarri bat in: ROBERTS, J./PIRES, A.P., "Le renvoi et la classification des infractions d'agression sexuelle", in: *Criminologie*, Québec, XXV. liburukia, 1. zk., 1992, 27-63 orr.

(15) Gai horretaz ikus ASUA, A., "La permanente contradicción entre los fines teóricos de la pena y los efectos reales de la prisión", in: *Juventud y sociedad*, Zaragozako Udala Arg., 1990.

Beharrik bortxaketa kasu ikaragarri horiek, bortizkeria berezia eta are asesinatzea barne direla, gutxi diren; bistan da, horrelako kasuetan neurri egokiak jarri behar dira horrelakorik gehiago gertatuko ez dela segurtatzeko, errudunari jartzen zaion zigor larriaren esparruan, edo tratamendu neurrien barranean, beti ere zorrotz bermatu eta ikuskatu beharrekoak. Edonola ere, eraso sexualen aurkako politika kriminala kasu ugarienetara bideratu behar da, horren deigarriak ez izan arren eta, eskuarki, salaketa gutxiago izaten badute ere. Zigor ez hain gogorrek ezartzeak lagungarri izan daiteke abusuak —maiz aski hurbileko pertsonak eta familiakoak izaten dira erasotzaileak— nozitu dituzten biktimei beren inhibizioa gainditzeko, delako inhibizio hori kartzela zigorraren ondoriozko beldurrari zor bazaio.

**C)** Emakumeen kolektiboak dituen arazoenganako sentsibilitatea duela erakusteko erreforma penal batek hainbat aldaketa bildu behar ditu, aldi berean, prozesu penalean. Zerbait hobetu bada ere, emakumeak presioak jasan behar izaten ditu —emakumearen kontra “nolabaiteko bortizkeria” oraindik onartzen duen gune baten partetik— salaketa ez dezan jarri, eta guztiarekin ere jartzen badu, estualdi latzak erruz jasan beharko ditu, laidoak ere barne direla: galdeketak aspertzeko adina, xehetasun txikiak ere oroitu eta kontatu beharra, ikerketak bere bizitza pribatuaz, berarekiko jarrerak, etab. Berriro ere argi ikusten da delitu hauetan harako ideia hura, hots, sexualitate onargarria zer den esaten duena, eta horrek erasotua behartzen du frogatu behar izatera emakume lotsati eta zintzoen taldekoa dela. Bortxaketa edo eraso sexualengatiko prozesua ezin daiteke emakumearen degradazioarako zeremonia (16) izaten segitu, non haren interesak babestu ordez karguko lekuko huts bezala hartzen baitute. Aurrera egin behar da, oro har, delituak kaltetutako pertsonen eskubideak indartzearen aldera, baina, batez ere, emakumea biktima indibidual bezala hartzeko ikuspuntua da aldatu behar dena, “zapaldua dagoen talde sozial” baten kideen artean identifikatzeko (17). Eta talde hori ekintza positiboen beharrean da berdintasunera iritsiko bada, eta horretarako emakumearen protagonismoa bultzatu behar da, bai salaketa

---

(16) Adierazpide hori SMART, C.-rena da, “Rape: Law and the Disqualification of Women's Sexuality”, bere *Feminism and the Power of Law*, liburuan, London-New York, Routledge, 1989.

(17) Alde horretatik SNIDER-ek dio: “Effets pervers...”, aip. obra, 9-10 orr., ezen sistema penalaren menpekotasunari aurre egiteko arrazoi nagusia dela estrategia horrekin emakumeak abandonatu egiten direla eta, bereziki, abusu larrien biktima direnak... Horrela, Administrazioaren biktima bihurtzen dira. Eta gaineratzen du: legea aldatzearekin lor daiteke epaitegian agertu beharra ez hain desatsegina izatea, baina epaitegietan biktimari ematen zaion paperak ez du behin ere emakumearen egoera indartuko.

jartzeko kemen gehiago izan dezan eta baita ere prozesuan barrena eta prozesuaren ondotik aholkularitzaz baliatu ahal izan dadin. Salatzaileak laguntza behar du biktimizazioaren eragina neutralizatzeko, sarritan ez da hautemandako eraso partikularra soilik izaten. Neurri bereziak bultzatu behar dira emakumeek laguntza juridikoa, psikologikoa eta ekonomikoa izan ditzaten, emakumeen arazoan ikuspegitik antolatutako neurriak, beti ere.

Bukatzeko, berriz ere diogu sistema penalarren zeregina aski mugatua dela emakumearen emantzipaziorako bidean eta harreman sozialetan izan behar duen autonomia osoaren eta berdintasunaren aitopenean. Eta hori, hain zuzen ere, bere ezaugarriengatik zirugia sozialerako azken errekurtsoa izanik egitate konkretuak epaitzera mugatu behar da, egilearen erantzukizun partikularrari erreparatuz, batik bat. Arreta kasurik larrienetara erakartzean ilunpean bezala uzten ditu alarma soziala sortarazten ez duten eta, oraindik ere, agerian edo ezkutuka, onartuak izaten diren gainerako laido eta diskriminazioak. Emakumeen kontrako bortizkeria soziala gizarte osoaren arazoa da, esanahia galtzen badu ere testuingurutik ateratzen denean. Ez da, horratio, arazo indibidual bat, errepresiozko neurriak soilik erabiliz konpon daitekeena. Arazoa badela aitortzearen eragin sinbolikoa behar-beharrezkoa da, baina aldi berean, sakondu behar dira penalaz bestelako bideak, eta neurri positiboak erabili behar dira zuzenbide zibilaren eta lanekoaren esparruan, eta noski, baita hezkuntza eta komunikabide sozialen esparruan ere. Proposamen batzuek agertzen dute komenigarri dela emakumearen indemnitete fisiko eta psikikoari buruz (18) ageriko aitopene konstituzional bat egitea, edo kalte sozialaren kontzeptua elaboratzea (social injury), diskriminazioaren ikuspegi zabalago batetik, emakumeen kolektiboa ukitzen duten erasoak biltzeko (19).

Ezin dugu justiziaren errebindikazio legitimoa zigorra jartzeko gogoarekin nahasi. Aurrerakuntza ez da etorriko zigorrak gehitzetik, bizitza sozialeko esparru guztietan emakumeen posizioa indartzetik baizik.

---

(18) Ikus DAHL, T.S., *Women's Law...*, aip. ob. European, ikus CAMPARI, M.G./CIGARINI, L., "Fonti e principi di un nuovo diritto", in: Libreria delle donne di Milano (Arg.), *Un filo di felicità, Sottosopra*, 1989ko urtarrila.

(19) Ikus batez ere HOWE, A., "The Problem of the Privatized Injuries: Feminist Strategies for Litigation", in: SILBEY/SARAT (Arg.), *Studies in Law, Politics and Society*, 1990, 10, 119-142 orr.