

ZUZENBIDE FAKULTATEA

ZUZENBIDE GRADUA

2021-2022 IKASTURTEA



IKD i3 Laborategia Berrikuntza Proiektuak 2021/2022

Emakumeen kontrako indarkeria: prozedura judizialaren gabeziak eta biktimen babesa, diziplinarteko ikuspegitik (IKDi3 21-30)

GRADU AMAIERAKO LANA:

“Genero arrazoiengatik diskriminazioa Zigor Kodean: 22.4 artikuluko inguruabar astungarriaren analisia”

Egilea: Iruri Altzerreka Martinez

Zuzendaria: Mikel Anderez Belategi irakaslea

AURKIBIDEA

I.	Sarrera	2
II.	Genero indarkeriaren tratamendu juridiko-penala: legegintza-testuingurua.	6
1.	Emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak desagerrarazteko Istanbuleko Hitzarmena.....	7
2.	Genero indarkeriaren aurkako babes osorako neurrien inguruko 1/2004 Lege Organikoa.....	10
3.	Zigor Kodea erreformatzen duen 1/2015 Lege Organikoa.....	13
III.	Genero diskriminazioarengatiko astungarria (Zigor Kodeko 22.4 artikulua): aplikazio eremua.....	16
1.	Sexu eta genero arrazoiengatiko astungarrien aplikazioa eta bateragarritasuna .	16
2.	Ahaidetasun aldarazle mistoaren aplikazioa eta genero arrazoiengatiko astungarriarekin duen bateragarritasuna	21
3.	Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatiko astungarria.....	24
A)	Astungarriaren aplikazio eremua: tipo espezifikoak eta non bis in idem eta inherentzia printzipioak.....	24
B)	Astungarriaren aplikazio eremua: bikotea edo antzeko harreman afektiboa izatea. Jurisprudentziaren joera(k)	30
IV.	Hausnarketa kritikoa.....	40
V.	Ondorioak.....	46
	Bibliografia.....	48

I. SARRERA

Bai genero indarkeria eta bai gorroto delituak, biak diskriminazioari lotuta, egungo agenda politikoan eta eztabaida juridikoan presente dauden gaiak dira, baita gizartearen eta jendartearen buruetan ere. Hala, pil-pilean dauden gaiak izanik, lan honen helburua, auzi horri Zigor Zuzenbideak ematen dion erantzun konkretu baten analisia egitea da, Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatiko astungarriarena, hain zuzen ere.

Hala ere, gaian sakon murgildu aurretik, komenigarria da diskriminazioaren aurkako zuzenbidearen (“*derecho antidiscriminatorio*” delakoa), eta horren barruan gorroto delituen inguruan zenbait ideia plazaratzea eta adieraztea, batez ere, Zigor Kodeko 22.4 artikuluko astungarria testuinguru horretan kokatzen denez, perspektiba eta kokapen sistematikoa emate aldera.

Bada, diskriminazio arrazoiengatiko astungarriak joan den mendeko hirurogeita hamarreko hamarkadan du bere jatorria, mundu anglosaxoian, eta gure ordenamendu juridikora sartu zen laurogeigarren hamarkadatik aurrera, batez ere ideologia arrazista eta xenofoboetan oinarritutako gorroto eta diskriminazioagatiko delitu larrien egoerak areagotu zirenean¹.

Beraz, Zigor Kodeko 22.4 artikuluko astungarria, hasiera batean, arrazagatiko diskriminazioari erantzuna emateko sortu zen. Ez da kasualitatea gorrotoaren diskurtsoari erreferentzia egiten dion nazioarteko lehen tresnetako bat arraza diskriminazio mota guztiak desagerrarazteko hitzarmena izatea, 1965 urtekoa. Gorroto delituen agerpena oso lotuta dago diskriminazioaren eta arrazismoaren aurkako borrokarekin².

Hala, azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoarekin, egungo Zigor Kodea onartu zen, 22. artikuluan inguruabar astungarriak arautu ziren, eta 22.4 artikuluko arrazoen artean biktimaren sexuagatiko, sexu-orientazioagatiko eta gaixotasunagatiko edo minusbalotasunagatiko diskriminazioa arautu ziren³.

¹ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género en S. López de Zubiría (ed.), *El tratamiento de la violencia de género desde la perspectiva criminológica* (108-116 or.). Wolters Kluwer.

² Laurenzo, P. (2021). La categoría de delitos de odio como fuente de expansión penal en J. Del-Carpio-Delgado, M. Holgado (ed.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar* (197-222 or.). Aranzadi.

³ Serrano, J. (2017). La nueva agravante de género. *Revista, foro FICP*, (2017-2), 598-616 or.

Horren ondoren, Zigor Kodeko 22.4 artikuluan jasotako arrazoi diskriminatzaileengatiko astungarriari hainbat erreforma egin zaizkio, gizarte eraldaketek intolerantzia eta gorrotozko korrante berriak agertzea eragin duten heinean. Aurrerago sakonago aztertuko den 1/2015 Lege Organikoarekin, diskriminazioaren astungarria osatzeko arrazoi zerrendari (non ordura arte arrazoi arrazistak, biktimaren sinesmenean oinarritutakoak edota biktimaren sexu-identitatea biltzen ziren, besteak beste) genero arrazoiengatiko jardutea gehitu zaio⁴.

Baina, zer da zehazki gorroto delitu bat? Bada, zaila da definitzen. Izan ere, gorroto delituak ziurgabetasun eta aplikazio-arazo handiak eragiten dituzten delituen kategoria bihurtu dira. Hala, gorroto delituen legezko definizio argirik ez izateak, bere arauketa hainbat arau desberdinetan sakabanatuta egoteak, eta bereziki akastuna den legegintza teknika erabiltzeak arazo ugari sortu dituzte figura horien aplikazio judizial argia eta egokia egiteko. Horregatik, hain zuzen ere, delitu horien inguruan bai jurisprudenzian eta bai doktrinan dagoen nahastea bereziki nabarmena da⁵.

Edozelan ere, lehenengo hurbilketa kontzeptual batean, Europako Segurtasun eta Lankidetzarako Erakundeak (OSCE delakoak), honela definitu ditu gorroto delituak: *“arau-hauste penal oro, pertsonen eta jabetzaren aurkako arau-hausteak barne, betiere, biktima, tokia edo helburua aukeratzeko badira talde bateko kide edo afiliatu izateagatik, hari lotuta egoteagatik edota hari laguntza emateagatik, talde horretako kideek benetako edo ustezko ezaugarri bat badute, hala nola arraza, jatorri nazional edo etnikoa, hizkuntza, azal kolorea, erlijioa, sexua, adina, desgaitasuna, sexu orientazioa edo antzeko beste faktore batzuk”*.

Beraz, emandako marko zabalaren barruan sartu daitezkeen delitu mota desberdinak aurki ditzakegu, bai nazioarteko komunitatearen ondasun juridikoen aurka egiten duten jarrerak, bai intentsitate txikiko indarkeriazko ekintzak (diskurtso arrazistak eta xenofoboak barne).

⁴ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

Irakurlearentzako oharra: iturri bera bigarren aldiz zitatzean (eta hortik aurrerakoetan) zita laburtua erabiliko da.

⁵ Daunis, A. (2021). La confusión de los delitos de odio en J. Del-Carpio-Delgado, M. Holgado (ed.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar* (223-249 or.). Aranzadi.

Horri lotuta, gorroto delituen markoaren barruan aurkitu ditzakegu ere, bereizketa eginez, batetik, adierazpen delituak, “gorrotoaren diskurtsoa” bezala ezagutuak; eta bestetik, pertsonen edo jabetzaren aurkako erasoak (hots, egitatezkoak). Bereizitako bi mota horiek amankomunean dute kolektibo jakin batzuekiko aurreiritzietan oinarritzen direla⁶.

Gorroto delituen bidez babestu nahi denari dagokionez berriz, diskriminatua ez izateko eskubidea da babes penalaren objektua. Hau da, desberdina izateko eskubidea babesten da, modu gutxiesgarrian, bidegabean edo mespretxuz tratatua ez izateko eskubidea, eta, batez ere, legez merezi den tratua jasotzeko eskubidea.

Hala, diskriminatua ez izateko eskubidea (giza duintasunarekin lotuta) babestutako ondasun juridiko gisa agertzen da. Baina horretaz gain, beste ondasun juridiko kolektibo bat ere badagoela onartzen da, iraina/erasoa jasotzen duen biktima ez ezik, dagokion kolektiboari ere erreferentzia egiten diona.

Izan ere, Zigor Kodeko 22.4 artikuluan araututako astungarriak ez du soilik tradizioz diskriminatutako kolektibo bateko kide izateagatik gizabanakoa desberdin tratatzeak dakarren diskriminazioa zigortzen, baita kolektiboko gainerako kideentzat portaera horrek eragiten duen beldurra, mehatxua eta segurtasunik eza ere.

Hala, esan daiteke diskriminatua ez izateko eskubideak berak ikuspegi bikoitza duela: alde batetik indibiduala, diskriminazio egintza jasaten duen subjektuari eragiten diona; eta bestetik kolektiboa, portaerak eragin negatiboa baitu biktimaren kolektibo diskriminatuaren gain⁷.

Aplikazio praktikoari dagokionez, doktrinak kritikatu du espainiar jurisprudentziak gorroto delituen gehiegizko eta testuinguruz kanpoko erabilera egiten duela, gorroto delituei zentzua ematen dien diskriminazio osagaia erabat alde batera utzita⁸.

⁶ Laurenzo, P. (2021). La categoría de delitos de odio como fuente de expansión penal. op. cit. (197-222 or.).

⁷ Daunis, A. (2021). La confusión de los delitos de odio. op. cit. (223-249 or.).

⁸ Esandakoaren harira, Jon Mirena Landak adierazten du Zigor Kodeko 22.4 artikuluko astungarriaren proiektzio-eremua kolektibo zerrenda zabal batera hedatu dela, delitu mota desberdinekiko muga formalik ezarri gabe. Legegintza aurrekariak kontuan izanik, horrek bilakaera hedakorra islatzen du, babes nukleo etnikoa kolektibo paradigmatikotzat baztertuz.

Hots, nagusia den espainiar jurisprudenzian edozein talde edo instituzioren aurkako fobiazko osagai emozionala soilik eskatzeko joera nabarmena antzematen da (biktima benetan babestu nahi den diskriminatutako talde batekoa den kontuan izan gabe).

Hori dela eta, ez dira gutxi izan jurisprudentiak egiten duen interpretazioari egin zaizkion kritikak. Izan ere, aipatutako egungo bidetik, gizartearen bazterrean eta mendekotasun egoeran dauden kolektiboak babesteko pentsatutako astungarri batek botere posizioan dauden horiek indartzen amaitu dezake.

Hau da, gorroto delituaren figura botere politikoaren gailurrean dauden edo onarpen sozial handiena duten talde eta erakunde batzuei babes penal bortxatua ematera bideratu da, hala nola, monarkiari, polizia indarrei⁹, eliza katolikoari edota terrorismoaren biktimei. Kontuan izan behar baita, gorroto delituak, guztiz kontrako helburuarekin sortu zirela, hots, gizartean diskriminatuta dauden gutxiengoak edo taldeak babesteko helburuarekin.

Hala, gorroto delituek zentzua hartzen dute kategoría juridiko penal gisa, baldin eta diskriminazioaren aurkako zuzenbidetik begiratzen bazaie, estatuaren autoritarismoak aurrera egiteko eta askatasun publikoak ahultzeko koartada gisa balio ez dezaten¹⁰.

Esandakoari lotuta, eta aztergai dugun gaira hurbilduz, esan behar da Zigor Kodeko 22.4 artikulua diskriminazioaren aurkako zigor zuzenbidearen ardatz nagusia dela, eta ondorioz, gorroto delitu deitzen zaien horiena. Gainera, nazioarteko instantziek eta, oro har, antolamendu nazionalen tipo penalek jokabide diskriminatzaileei erantzuteko gogokoen duten formuletakoa bat da zigorra astuntzearena.

Edozelan ere, diskriminazioaren aurkako zigor legeen kategorian, hiru arau multzo aurki daitezke. Batetik, Zigor Kodeko 510. artikulua dago, gorroto delituak zentzu hertsian jasotzen dituen (gorrotoa eragitea). Bestetik, jokabide diskriminatzaile jakin batzuk berariaz zigortzen dituzten zigor arauak daude, hain zuzen ere, Zigor Kodeko 170.1, 314, 512 eta 515.4 artikulua. Eta azkenik, lan honen aztergaia den Zigor Kodeko

⁹ Zentzu horretan, Correcherrek adierazten du polizia indarrak kolektibo zaugarritzat hartzeak historikoki egoera zaugarrian egon diren kolektiboak babesteko gorroto diskurtsoaren aplikazio murriztailearekin kontraesanean sartuko litzatekeela. Andererek gehitzen du agente instituzionalak kolektibo zaugarrien kategorian sartzeak estatu demokratikoaren logikarekin talka egiten duela, non gobernuak eta erakunde publikoak edozein herritarren kritikak jasotzeko prest egon behar duten. Hala aitortu du ere Estrasburgoko Auzitegiak, polizia indarren aurkako adierazpenak gorroto diskurtsoaren kategoriatik kanpo utziz.

¹⁰ Lorenzo, P. (2021). La categoría de delitos de odio como fuente de expansión penal. op. cit. (197-222 or.).

22.4 artikuluko astungarri generikoa dago, portaera diskriminatzaileei erantzuteko lehen formula eta gehien erabiltzen dena¹¹.

Zehazki, lan honen bidez, Zigor Kodeko 22.4 artikuluan zigorra astuntzeko arrazoi izan daitezkeen guzti horien artean (guztiak diskriminatzeko arrazoiak izanik, eta esan bezala, astiro-astiro zerrenda hori zabaltzen joen delarik), genero arrazoiengatiko diskriminazioa aztertu nahi da (zigorraren zehaztapenaren eremuan kokatuz), horretarako, batetik, jatorriaren inguruko zenbait zehaztasun emanaz (bere jaiotzaren zergatia ulertzeko), eta bestetik, bere aplikaziorako egun eskatzen diren baldintzak eta horren inguruan sortu daitezkeen arazoak argituz (eta zenbait kritika ere eginez), betiere, genero ikuspuntua eta diskriminatua ez izateko eskubidea ardatz hartuta.

Esan beharra dago lan hau IKD i3 (emakumeen kontrako indarkeria: prozedura judizialaren gabeziak eta biktimen babesa, disziplina arteko ikuspegitik) proiektuaren barruan kokatzen dela, aurreko lehenengoz martxan jarri dena, genero indarkeriaren problematikari hainbat disziplinatik heltzeko asmoarekin. Gainera, gai honek interes berezia sortzen du nigan, emakumeen aurkako diskriminazioa emakumeok geure azalean bizi dugun fenomeno izanik, eta horren inguruko informazio gehiago irakurri ahala auzi honek hartzen duen dimentsioaren kontzientzia harturik, geure gizartetik orokorki eta zuzenbidearen eremutik bereziki erantzun bat bilatzera bideratutako neurrien inguruko jakin-mina piztu zaidalako.

II. GENERO INDARKERIAREN TRATAMENDU JURIDIKO-PENALA: LEGEGINTZA-TESTUINGURUA.

Hasteko, genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioa eta haren inguruko gorabeherak aztertu aurretik, beharrezkoa da haren sorrerari eta harekin lotutako auziei arreta jartzea, testuingurua kokatze aldera. Horretarako, hiru arau hartuko dira kontuan: batetik, Europako Kontseiluko 2011ko maiatzaren 11ko Istanbulerako Hitzarmena, emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak desagerraraztekoa; bestetik, 1/2004 Lege Organikoa, 2004ko abenduaren 28koa, genero indarkeriaren aurkako babes osorako neurrien ingurukoa; eta azkenik, 1/2015 Lege Organikoa, 2015eko martxoaren 30ekoa, Zigor Kodea erreformatzen duena.

¹¹ Daunis, A. (2021). La confusión de los delitos de odio. op. cit. (223-249 or.).

1. Emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak desagerrarazteko Istanbulko Hitzarmena

Lan honek aztergai duen genero arrazoiengatik astungarriaren jatorria ulertu ahal izateko, lehendabizi, nazioarteko arauetara jo beharra dago. Izan ere, giza eskubideen nazioarteko zuzenbideak emakumeen eta gizonen arteko berdintasuna premiazko eta presazko helburuen artean jarri du. Hala, neurri batean, genero-patroien deseraikuntzan eman diren pixkanakako aurrerapenak nazioarteko erakundeen adierazpenetatik eta horien ondoriozko barne legedien aldaketetatik etorri dira¹².

Hala, genero indarkeria zuzenbide penaletik ere heldu behar zitzaion egiturazko arazotzat hartzea Nazio Batuen Erakundearen barruan gauzatu zen, eta 1995. urtean Beijingen egindako Emakumeari buruzko Laugarren Mundu Konferentzian gauzatu zen, baita hark sorrarazi zuen Adierazpenean eta Ekintza Plataforman ere, Nazio Batuen Batzar Nagusiaren 50/4222 Ebazpenaren eranskinak izan zirenak¹³.

Esandakoari lotuta, estatuaz haraindiko arauetatik materia honetan garrantzitsuena Istanbulko Hitzarmena da, emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak desagerraraztekoa. Arau hau Europako Kontseiluaren eremuan adostu zen 2011ko maiatzaren 11an, eta 2014ko abuztuaren 1ean sartu zen indarrean¹⁴.

Aipatutako hitzarmen hau da, hain zuzen ere, emakumeen aurkako indarkeriaren eta etxeko indarkeriaren arloko Europako lehenengo tresna loteslea, baita emakumeen aurka ematen diren giza eskubideen urraketa larriei aurre egiteko nazioarteko trataturik garrantzitsuena ere, emakumeen aurkako indarkeriaren aurrean tolerantziarik ezaren estrategia ezarriz.

Hitzarmenak berak hitzaurrean aitortzen duenez, emakumearen aurkako indarkeria emakumearen eta gizonaren artean historikoki egon den desorekaren

¹² Asua Batarrita, A. (2020). La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo en M. Pérez Manzanos (ed.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo* (365-376 or.). Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

¹³ Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

¹⁴ Espainiak 2011ko maiatzaren 11an sinatu zuen, ondoren 2014ko apirilaren 10ean berretsi zuen, eta 2014ko abuztuaren 1ean sartu zen indarrean. Iturria: Europako Kontseilua (2011ko maiatzaren 11a). *Europako Kontseiluaren portala*. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=210>

adierazlea da, gizonak emakumea menderatuz eta diskriminatuz, eta honen emantzipazio osoa eragotziz. Era berean, emakumeen aurkako indarkeriaren egiturazko izaera generoan oinarrituta dagoela aitortzen du, eta indarkeria mota hori emakumeak gizonetikiko mendekotasun-egoeran mantentzeko gizarte-mekanismo erabakigarrietako bat dela¹⁵.

Esandakoari lotuta, hitzarmenak oinarrizko helburutzat hartzen du emakumeen aurkako indarkeriarik eta etxeko indarkeriarik gabeko Europa sortzea, eta horretarako emakumeen aurkako indarkeria mota oro ezabatzen laguntzea eta emakumeen eta gizonen arteko benetako berdintasuna sustatzea ezartzen du xedetzat, prebentzioa, babesa, jazarpena eta koordinazioa funtsezko lau zutabeak izanik. Horretarako estatu sinatzaileei betebeharrak ezartzen dizkie, prebentziozkoak, sustapenekoak, sentsibilizaziokoak, laguntzakoak eta jarraipenekoak, bai eta jokabide larrien zerrenda bat zigortzeko aurreikuspen zehatzak ere¹⁶.

Edozelan ere, garrantzitsua da azpimarratzea, hitzarmenak ez duela inolako aurreikuspen edo gomendiorik egiten astungarri horri buruz; hots, ez du genero arrazoiengatik astungarri generiko bat ezartzeko agindurik ematen¹⁷. Are gehiago, hitzarmenak aurreikuspenen zerrenda bat egiten du, zeinak ez dakarren berritasunik espainiar Zigor Kodean jasotzen diren delituen zerrendarekin konparatuta. Gainera, hitzarmeneko 45. artikulua esanetan, zigorgabetasunik ez izateko, zehapenak behar bezala aurreikusi behar dira, baita behar bezala ikertu eta zigortu ere, eta eraginkorrak, neurrikoak, eta disuasiozkoak izan behar dira. Beraz, ezin daiteke esan hitzarmenak zigor astunak edo gogorrak ezartzera behartzen duenik, hauek proportzio eta disuasio eraginkortasun irizpideekin bat etorri behar direla esatera mugatuz.

Horrekin batera, hitzarmenak zigorra egitateen larritasun handiagoa adierazten duten inguruabarretara doitzeko estatuetakoko legeek jaso beharreko inguruabar astungarrien zerrenda zehazten du bere 46. artikuluan¹⁸. Hala, artikulua aztertuz gero argi

¹⁵ Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

¹⁶ Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal en G., Otazua (ed.), A., Gutiérrez-Solana (ed.), *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial* (155-184 or.).

¹⁷ Asua Batarrita, A. (2020). La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo. op. cit. (365-376 or.).

¹⁸ Alderdiak beharrezkoak diren legegintzako edo bestelako neurriak hartuko dituzte, jarraian adierazten diren inguruabarrak, beren kabuz delitua osatzen duten elementuak ez badira, eta betiere barne-zuzenbideko

ikusten da ez dagoela genero arrazoiengatiko astungarri orokor bat ezartzeko betebeharrak juridikorik. Beraz, hitzarmenak genero indarkeriari aurre egiteko irizpideak ezartzen ditu, baina ez du formula konkreturik zehazten; aitzitik, formula ordenamendu juridiko bakoitzaren arabera izango da, 46. artikuluko irizpideak kontuan izan beharko direlarik zigorra astuntzeko, baina era berean, zigorra astuntzera derrigortu gabe¹⁹.

Behin hori argi utzita, testuinguru horretan, hitzarmenak zenbait definizio ematen ditu bere 3. artikuluan. Lehenik, emakumeen aurkako indarkeria giza eskubideen urraketatzat eta emakumeen aurkako diskriminazio modutzat hartuko da, eta generoan oinarritutako indarkeria egintza guztiak barne bilduko ditu, baldin eta horrek emakumeei izaera fisiko, sexual, psikologiko edo ekonomikoko kalteak edo sufrimenduak eragiten badizkie edo ekar badiezazkieke, baita ekintza horiek egiteko mehatxuak, derrigortzeak edo askatasun gabetze arbitrarioak ematen badira ere, bizitza publikoan zein pribatuan. Bigarrenik, etxeko indarkeriatzat hartuko dira familian edo etxean edo ezkontide edo izatezko bikoteen artean (egungoak zein iraganekoak) gertatzen diren indarkeria ekintza guztiak (indarkeria fisiko, sexual, psikologiko edo ekonomikoa), delituaren egileak biktimaren bizileku bera partekatzen duen edo partekatu duen kontuan hartu gabe. Hirugarrenik, generotzat hartuko dira gizarte jakin batek berez emakumearenak edo gizonarenak direla ulertzen dituen sozialki eraikitako rol, portaera, ekintza eta egozpenak. Azkenik, generoagatiko emakumeen aurkako indarkeriatzat hartuko da emakume baten

xedapen aplikagarriekin bat etorritik, inguruabar astungarritzat har daitezkeen Hitzarmen honetan aurreikusitako delituei dagozkien zigorrak zehazteko unean:

- a) Delitua egungo edo antzinako ezkontide edo izatezko bikotekide baten aurka egitea, barne-zuzenbidearekin bat etorritik, familiako kide batek, biktimarekin bizi den pertsona batek, edo haren aginteaz abusatzen duen pertsona batek.
- b) Delitua edo horri lotutako delituak behin eta berriz egin izana.
- c) Delitua kalteberatasun egoeran dagoen pertsona baten aurka burutu izana, inguruabar bereziak direla eta.
- d) Delitua adingabe baten aurka edo haren aurrean egin izana.
- e) Delitua bi pertsonak edo gehiagok egitea, elkarrekin jardunez.
- f) Delituaren aurretik indarkeria oso larri bat egon izana.
- g) Delitua arma bat erabiliz edo haren erabilerarekin mehatxatuz egin izana.
- h) Delituak biktimari kalte fisiko edo psikologiko larriak eragitea.
- i) Egilea aurretik kondenatua izatea antzeko izaera duten egitateengatik.

¹⁹ Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal. op. cit (155-184 or.).

aurkako indarkeria oro, emakumea delako edo emakumeei neurritz kanpo eragiten dielako²⁰.

Azkenengo horri lotuta, “emakumea delako” edo “emakumea izateagatik” erreferentzia anbiguotzat har daiteke, interpretazio beharra duena. Aldiz, “emakumeei neurritz kanpo eragiten diena” adierazlea objektiboa eta estatistikoa da. Datu enpiriko bat ematen du, genero-indarkeriak errealitate kuantitatiboan duen presentzia hautematen duena; hau da, delitu jakin batzuen biktimak nabarmenki emakumeak direnean, argi dago emakume izateak zerikusia duela horrekin²¹.

2. Genero indarkeriaren aurkako babes osorako neurrien inguruko 1/2004 Lege Organikoa

Estatuaz gaindiko mailan Istanbulleko Hitzarmena kontuan izan behar bada ere, Estatu mailan 1/2004 Lege Organikoa, 2004ko abenduaren 28koa, genero indarkeriaren aurkako babes osorako neurrien ingurukoa hartu behar da aintzat, azken hamarkadan genero indarkeriari buruzko Espainiako gutxieneko politika markatu duen araua, hain zuzen ere.

Estatu mailan Lege Organiko hau sortu izanaren arrazoi nagusia, batez ere, gizartean pizten hasi zen kontzientzia soziala izan zen, familia eremuan ematen ziren tratatu txarrak zirela eta. Hala, horrek erreforma penalen ugaritzea ekarri zuen, 1989an familia eremuko tratatu txarren delitua sartu zelarik Zigor Kodean.

Inflexio puntua 1997. urtean etorri zen, Ana Orantes zena bere senarrak hil ondoren agerian geratu baitzen egoera hauei aurre egiteko Zigor Kodearen nahikotasun eza. Pixkanaka problematika garrantzia irabazten joan zen komunikabideetan eta politikariak emakumeen aurkako indarkeria prebenitzeko eta desagerrarazteko lege proposamenak aurkezten hasi ziren, 1998-2000 urteko Etxeko Indarkeriaren aurkako Ekintza Planetik hasita, 2001-2004 aldirako Etxeko Indarkeriaren aurkako II. Plan Integralarekin jarraituz, azkenean 1/2004 Lege Organikoan gorpuztu zena.

²⁰ Ikusi Istanbulleko Hitzarmeneko 3. artikulua.

²¹ Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal. op. cit (155-184 or.).

Hala, aurrez aipatutako nazioarteko eta estatu mailako testuinguruan 1/2004 Lege Organikoa onartu zen²² eta ordura arte ezkutuan egon zitekeena ikusaraztea lotu zuen, hots, bikotearen barruan emakumearen aurka ematen den indarkeria.

Lege honen aurretik, herritarren segurtasunaren, etxeko indarkeriaren eta atzerritarren gizarteratzearen arloko neurri zehatzei buruzko 11/2003 Lege organikoa onartu zen, irailaren 29koa, eta aldaketa handia ekarri zuen garai hartako erregulaziora. Falta gisa kalifikatutako noizbehinkako tratu txarra Zigor Kodearen 153. artikuluan tipifikatutako delitua izatera pasatu zen, baldin eta familia-unitateko kide bati zuzenduz gero. Era berean, eragindako subjektuen zirkulua zabaldu zen. Bestalde, etxeko harreman baten bidez lotutako subjektuen arteko ohiko indarkeria fisikoa edo psikikoa osotasun moralaren aurkako delitutzat jo zen, Zigor Kodeko 173.2 artikuluan arautua, osotasun fisikoaz bestelako ondasun juridiko bat babestu nahian.

Ondoren, puntu honetan aztergai dugun abenduaren 28ko 1/2004 Lege Organikoa etorri zen, genero indarkeriaren aurka oso-osoko babesa emateko neurrien ingurukoa, eta zenbait aldaketa eragin zituen. Lege honek tipo penal berriak sartu zituen (hots, genero-figura espezifikokoak), horien artean autorearekin bizi diren pertsona bereziki ahulen eta autorearen bikotekide emakumearen aurkako zenbait jarrera larriago zigortzea ahalbidetzen dutenak. Larriagoak soilik eragin zuen lesio arinen (ZK 153.1 art.), lesio larrien (ZK 148.4 eta 148.5 art.), mehatxu arinen (ZK 171.4 art.) eta derrigortze arinen (ZK 172.2 art.) delituen kasuan, ezarri beharreko gutxieneko zigorrari lotuta. Hala ere, zigorraren gehieneko muga eta espetxe-zigorraren alternatiba (komunitatearen aldeko lanak) bere horretan mantendu ziren, baita zigorra arintzeko aukera ere, egilearen inguruabar pertsonalak eta egitea gauzatzerakoan gertatutakoak kontuan hartuta.

Garapen horren ondoren, genero indarkeriak (1/2004 Lege Organikoan kalifikatzen den gisan) bi bloketan bereizitako tratamendu penala jasotzen du. Alde batetik, berariazko tratamendua duten jokabideak zigortzen dira, sortzen duten balio-galera handiagoaren ondorioz: lesio arinak, lesio larriak, mehatxuak eta behartze arinak. Bestalde, gainerako jokabideak zigor tipo orokorren arabera zigortzen dira, diskriminazio-arrazoiengatik astungarria eta Zigor Kodearen 22. artikuluan araututako bestelako astungarriak ezartzeko aukerarekin. Multzo horretan kokatzen dira, besteak

²² Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

beste, giza hilketa, abortua, sexu erasoak eta abusuak, edo prostituzioari buruzko delituak. Beraz, Zigor Kodeak arau-hauste arinenetan baino ez du balio galerarik handiena jasotzen, arau-hauste larriagoen balio galera handiagoa derrigorrezkoak ez diren astungarrien bidez aplikatzeko aukera emanez²³.

Edozelan ere, aldaketak aldaketa, ez dira gutxi izan arau honi eta bere eraginkortasunari egin zaizkion kritikak²⁴. Batetik, legea genero indarkeriaren aurka borrokatzeko helburuarekin onartu bazen ere, bere 1.1 artikulua, aplikazio eremua ezartzean, bikotekideen artean gertatzen den indarkeriara mugatzen du jardute eremua.

Zehazki, aipatutako artikulua zera adierazten du legearen objektutzat: “desberdintasun-egoeraren eta gizonek emakumeengan dituzten botere harremanen adierazpen gisa, haien ezkontideak direnek edo izan direnek edo haiekin antzeko harreman afektiboen bidez lotuta daudenek edo egon direnek emakumeen aurka burutzen duten indarkeriaren aurka jardutea da, bizikidetzarik egon ez arren ere”²⁵.

Hala, nazioarteko zuzenbidean genero indarkeriatzat hartzen den kontzeptua ez da 1/2004 Lege Organikora eramanez dena, indarkeria erabiltzen duen gizonak emakumearekin harreman sentimentala duen edo izan duen kasuetan soilik jasotzen baita genero indarkeria. Hori dela eta, lege osatugabea dela esan daiteke, genero-indarkeria eremu pribatura murriztutako arazotzat baino ez baitu hartzen, eremu publikoa alde batera utzita²⁶.

²³ García, C. (2020). Agravación de la pena por razones de género en el derecho penal español en P. Benavente (ed.), *Mujeres y derechos, una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (319-348 or.). Marcial Pons.

²⁴ Edozelan ere, argi utzi behar da, 1/2004 Lege Organikaren konstituziozkotasun auzia Konstituzio Auzitegira heldu zela, Zigor Kodeko 153.1 eta 153.2 eta Espainiako Konstituzioko 14. artikuluei lotuta, eta honek errekurtsioa ezetzi zuen, konstituzioarekin bateragarri dela ebatziz. Ikusi: Konstituzio Auzitegiaren maiatzaren 14ko 59/2008 Epaia.

²⁵ Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

²⁶ Zentzu honetan, historikoki genero indarkeriazko jarrerak ugaltzea lagundu duen faktore psikosoziala da hau izaera pribatuko (etxeko) fenomeno dela sinestaztea, eta beraz, eragindako bikotea soilik dagoela legitimatuta esku hartzeko. Hala, historian zehar asko izan dira ideia hau Zigor Kodean eta Prozedura Kriminalaren Legean islatzen duten xedapenak, justiziak zenbait familia esferetan esku hartu ezin duela adieraziz. Edozelan ere, nabarmendu behar da gaur egun gizartea astiro-astiro familia eremu sakrosantutzat ikusteari uzten hasi dela. Familiaren ohiko gizarte ikuspegi atsegina begi bista kritikoz begiratzen hasi da, etxeko indarkeriaren fenomenoarekiko gero eta sentsibilizazio handiagoak baldintzatuta, dagoeneko gizarte arazotzat hartzen dena.

Espainiako legegileak genero indarkeriaren aplikazio eremutik kanpo uzten ditu harreman sexu-afektiboaren kanpoko emakumezko gainerako biktimak (alabak, arrebak, amak, bizilagunak, lankideak...) eta baita emakumearen aurka egiten diren beste eraso modu bortitz batzuk ere (behartutako ezkontzak, genitalen mutilazioak, nahitaezko antzutzek, baimendu gabeko abortuak, sexu erasoak eta abusuak, laneko jazarpenak...). Gainera, ez ditu kontuan hartzen familiaz kanpo ematen diren testuinguruak (eremu profesionala, hezkuntza eremua, aisialdi eremua...)²⁷.

Bestetik, 1/2004 Lege Organikoa onartu zenean, biktimen eskubideak Espainian, bai zigor-arloko prozesuaren esparruan bai horretatik kanpo, ia ez zeuden garatuta. Biktimen estatutu babesle baten arau-hutsunearen testuinguru horretan 1/2004 Lege Organikoa onartzeak genero indarkeriaren biktimen eskubideen aitortzaren sektore-banaketa ekarri zuen. Beraz, 1/2004 Lege Organikoa “biktima legea” da, eta biktimen eskubideen aitortzan eman den sektore-banaketaren adierazle da.

Azkenik, doktrinaren arabera, 1/2004 Lege Organikoaren hirugarren elementu eztabaidagarriena, genero indarkeriaren aurka borrokatzeko neurri juridikoen artikulazioan zeharkakotasunik eza izan da. 1/2004 Lege Organikoa zigor zuzenbidea *prima ratio* gisa erabiltzen duen araua da, genero indarkeriaren aurrean zigor erantzunaren intentsitatearen eskala mailakatu bat ezarriz, Espainia intentsitate maximoaren adibidetzat jarritz, zuzenbide penal sexuatuaren erdua hartu baitu²⁸.

3. Zigor Kodea erreformatzen duen 1/2015 Lege Organikoa

Aurreko bi ataletan aipatutako aurrekariak medio, azkenean, 1/2015 Lege Organikoaren bidez, Zigor Kodea erreformatu zuena, generoa Zigor Kodeko 22.4 artikuluko diskriminazio arrazoen artean sartu zen.

Lehenengo atalean azaldu den moduan, azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoarekin, egungo Zigor Kodea onartu zen, eta 22. artikuluan inguruabar astungarriak arautu ziren, eta 22.4 artikuluko arrazoen artean biktimaren sexuagatiko, sexu-orientazioagatiko eta gaixotasunagatiko edo minusbaliotasunagatiko diskriminazioa arautu ziren.

²⁷ Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 1-20 or.

²⁸ Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Ondoren, ekainaren 22ko 5/2010 Lege Organikoak Zigor Kodeko 22. artikulua aldatu zuen, eta aurrez aipatutakoekin batera, biktimaren sexu-identitateagatiko diskriminaziotik jardutea sartu zuen.

Azkenik, 1/2015 Lege Organikoaren bidez burututako erreformaren ondoren, genero arrazoiengatiko diskriminazioa gehitu zen, eta egun honela idatzita geratu da Zigor Kodeko 22.4 artikulua:

“Inguruabar astungarriak dira (...): 4. Delitua egitea arrazoi arrazistengatik, antisemitengatik edo biktimaren ideologiaren, erlijioaren edo sinesmenen, etniaren, arrazaren edo nazioaren, sexuaren, adinaren, sexu- edo genero-orientazioaren edo identitatearen, genero-arrazoien, aporofobiaren edo gizarte-bazterketaren, gaixotasunaren edo desgaitasunaren zioz (...)”²⁹.

Beraz, Zigor Kodeko 22.4 artikularen egungo erredakzioa aipatutakoa da, zigorra astuntzeko inguruabartzat hartu daitezkeelarik bertan zerrendatutako diskriminazio arrazoiak.

Horrez gain, 1/2015 Lege Organikoak beste zenbait aldaketa ere ekarri zituen. Batetik, ordenamendu juridiko penaletik faltak kendu zituen, eta ondorioz delitu ez hain larri bihurtu zituen aurreko mehatxu eta behartze arinen faltak. Bestetik, irain eta irain arinen tipifikazioa kendu zen; hala are, delitu ez hain larri bihurtzen dira bikotekide emakumearen edo antzeko afektibitate harremana duen baten aurka eginez gero, osotasun moralaren aurkako delitutzat hartuta (ZK 173.4 art.). Gainera, jazarpen edo zelatatze delitua lehenengo aldiz arautzen da, Zigor Kodeko 172. artikuluko derrigortzeen barruan, eta larriagotze bat ezartzen da, biktimak egilearekin etxeko harreman bat duen kasuetarako (hots, Zigor Kodeko 173.2 artikuluan arautzen diren horiek)³⁰.

Behin hori argi utzita, eta lehen esandakora itzuliz, esan beharra dago 1/2015 Lege Organikoaren Zioen Azalpenak bere XXII. puntuan “genero” terminoari buruzko aipamen berri horren justifikazio labur eta kriptikoa ematen duela, ondorengoa adieraziz: “22. artikulua 4. astungarrian generoa diskriminazio-arrazoi gisa txertatzearen arrazoiak da generoa, *Istanbuleko Hitzarmenaren arabera ulertuta, hots, «gizarte jakin*

²⁹ Serrano, J. (2017). La nueva agravante de género. *Revista, foro FICP*, (2017-2), 598-616 or.

³⁰ García, C. (2020). Agravación de la pena por razones de género en el derecho penal español. op. cit. (319-348 or.).

batek emakumeenak edo gizonenak direla uste duen paperak, jarrerak edo gizartean eraikitako jarduerak eta eskuduntzak», sexuarekiko erreferentziak hartzen dituenaz bestelako diskriminazio-ekintzen oinarria izan daitekeela»³¹.

Edozelan ere, jakina da ez diskriminatzeko debekuaren jatorria konstituzio mailan dagoela, eta bereziki, Espainiako Konstituzioaren 14. artikuluan jasotako berdintasun-eskubidean eta diskriminazio debekuan.

Hala, esan bezala, aipatutako artikulua bi xedapen ditu: batetik, berdintasun printzipioaren positibizatzea (hots, eskubidea idatziz jartzea eta hura testu ofizial, demokratiko eta derrigorrezkotzat jotzea³²); eta bestetik, bereizkeria debekatzea jaiotza, arraza, sexu, erlijio, iritzi edo beste edozein inguruabar pertsonal edo sozialengatik.

Bigarren agindu horri lotuta, ikus daitekeenez, hainbat arrazoi jasotzen dira, adierazpen gisa bakarrik; hau da, ez da diskriminazioaren xede diren arrazoen zerrenda itxia. Aitzitik, legegileak Konstituzioa egin zuenean, diskriminazio debeku hori beste edozein baldintza edo inguruabar pertsonal edo sozialetara hedatzen du. Hain zuzen ere, diskriminazio debeku hori helarazten zaio Zigor Kodeari, besteak beste, bere 22.4 artikuluan araututako diskriminazioaren astungarri orokorraren bidez.

Aipatutako Espainiako Konstituzioko 14. artikuluari nahitaez erantsi behar zaizkio Espainiako Konstituzioaren 9.2 artikulua, botere publikoei gizabanakoen eta taldeen berdintasun erreal eta eraginkorra sustatzeko agintzen diena; Espainiako Konstituzioaren 32.1 artikulua, ezkontzaren ondorioz gizonen eta emakumeen arteko berdintasun juridiko osoa finkatzen duena; eta Espainiako Konstituzioaren 35.1 artikulua, sexuaren ziozko bereizkeria debekatzeko duena lan eskubideari lotuta, lanbidea eta ogibidea askatasunez aukeratzeari dagokionez³³.

Esandakoaz gain, kontuan izan behar da ere, inguruabar aldarazleak gertakaria gauzatzearen inguruko egoerak direla, edo egilearen baldintza bereziak dakartzatenak, aplikatzekoa den zigorraren modulazioa zehaztuz. Beraz, behin delitua egon dela

³¹ Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal. op. cit (155-184 or.).

³² Rodríguez, A. (2015). Positivización de los derechos humanos en *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos. Colección CNDH* (48-73 or.).

³³ Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

egiaztatuta, bere elementu guztiakin, inguruabar horiek zigorra aldatzen dute, erantzukizun kriminala aldatzea dakartelako, hain zuzen ere³⁴.

Zehazki, inguruabar astungarriei buruz hitz egitean, aintzat hartu behar da, inguruabar astungarri guztiak areagotu egin behar dutela egitatearen bidegabekeria penala. Horrela, 22.4 artikuluan adierazitako diskriminatze motibazio horiek gertakariaren bidegabekeria subjektiboa areagotzen dute; hots, egindako delituaren berezko bidegabeari Konstituzioak finkatzen duen berdintasun printzipioaren ukazioa gehitzen zaio³⁵.

Zentzu horretan, Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatik astungarria aplikatzeari dagokionez, Adela Asuak adierazten du zigor-dosi handiagoa aplikatzeko erabakia zilegi izango dela soilik jokabide nagusiak oro har duen balio galerari larritasun gehigarri esanguratsua gehitzen bazaio³⁶.

III. GENERO DISKRIMINAZIOARENGATIKO ASTUNGARRIA (ZIGOR KODEKO 22.4 ARTIKULUA): APLIKAZIO EREMUA.

1. Sexu eta genero arrazoiengatik astungarrien aplikazioa eta bateragarritasuna

Aurrez aipatu bezala, genero arrazoiengatik astungarria sartu aurretik, jada Zigor Kodeko 22.4 artikuluan bazegoen sexu arrazoiengatik astungarria deritzona. Hala, zigorra astuntzeko arrazoi berri hau sartuta (generoa, hain zuzen ere) bi astungarrien arteko muga zehaztea beharrezkoa da, batez ere, hauen aplikazio zuzena egite aldera.

Hala ere, aurretik, bi kontzeptuak argi uztea komenigarria da. Sexuari dagokionez, Emakunderen³⁷ Terminoaren glosarioaren arabera, sexua gizakia gizon edo emakume gisa definitzen duten ezaugarri biologikoak dira. Ezaugarri biologikoen multzo horiek ez dira

³⁴ Muñoz, F. García, M. (2010). *Derecho penal, parte general, 8ª edición, revisada y puesta al día*. Valencia. Tirant lo blanch.

³⁵ Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general, 8ª edición*. Barcelona. Editorial Reppertor.

³⁶ Asua Batarrita, A. (2020). La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo. op. cit. (365-376 or.).

³⁷ EMAKUNDE emakumearen euskal erakunde autonomoa da, Eusko Jaurlaritzak martxan jarria, eta berdintasunerako politikak diseinatu, bultzatu eta haien inguruan aholkatu, koordinatu, eta ebaluatzen dituena, bai eta gizartea sentibilizatzen duena ere, EAEko emakumeen eta gizonen arteko berdintasun erreal eta eraginkorra lortzeko xedez. Iturria: <https://www.emakunde.euskadi.eus/hasiera/>

elkarren baztertzailak; izan ere, badira biak dituzten pertsonak, baina normalean, ezaugarri horiek gizakiak bi taldetan banatzen dituzte: gizonak eta emakumeak. (OME).

Generoari dagokionez berriz, Emakunderen Terminoen glosarioak hiru iturri desberdinetatik hartutako hiru definizio eskaintzen ditu, kontzeptu honetara hurbiltzeko ahaleaginean.

Batetik, Europako Batzordearen arabera, genero kontzeptuak gizonen eta emakumeen arteko desberdintasun sozialak (desberdintasun biologikoak kontuan hartu gabe) adierazten ditu; desberdintasun horiek ikasi egiten dira, denborarekin aldatu egiten dira eta oso desberdinak dira kulturen arabera eta kultura bakoitzaren barruan.

Bestetik, INSTRAW³⁸ delakoaren esanetan, Gizarteak bi sexuekin era berezitan lotzen dituen rol, harreman, pertsonalitate-ezaugarri, jarrera, jokabide, balio, botere erlatibo eta eraginaren multzoa adierazten du; gizarteak berak eratzen ditu alderdi horiek guztiak. Sexu biologikoa ezaugarri genetiko eta anatomikoen bidez dago zehaztuta; generoa, berriz, geureganatutako eta ikasitako nortasuna da, eta asko aldatzen da kultura batetik bestera eta kultura bakoitzaren barnean.

Azkenik, generoa gizonak eta emakumeak desberdintzen dituen sinesmen, ezaugarri pertsonal, jarrera, sentimendu, balio, jokaera eta jardueren multzoa dela esan daiteke; desberdintze hori gizarte-eraketaren prozesuaren bidez egiten da, eta prozesu horrek hainbat ezaugarri ditu. Zenbait alorretan garatzen den prozesu historikoa da eta prozesu horren ondorioz ezaugarri eta jarduera horiek hierarkizatu egiten dira, eta maskulinitzat jotzen direnei balio handiagoa ematen zaie³⁹.

Beraz, ikus daitekeenez, bi kontzeptuak, sexua eta generoa, banaezinak dira. Izan ere, gizonen eta emakumeen berezko rola egotzen dituen kultura-eraikuntzak diskriminatu egiten du emakumeen sexua, besteak beste, emakumearen ezaugarri fisikoak eta funtzio naturalak aintzat hartuta⁴⁰.

Edozelan ere, sexua eta generoa kontzeptu desberdinak badira ere (lotuta egon arren), lehenengoak alderdi biologiko bati erreferentzia egiten diolarik, eta bigarrenak

³⁸ Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas de para la promoción de la Mujer.

³⁹ Lourdes Benería, -1987, 46-; Maquieiran -1998-, Estebanen -2001, 28-jasoa.

⁴⁰ Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 1-20 or.

berriz alderdi sozial bati, bien arteko bereizketa juridikoa egitea, printzipioz, ez da hain erraza, sexu arrazoiengatiko eta genero arrazoiengatiko astungarrien arteko bereizketa auzi konplexua izanik⁴¹.

Sexu arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioan murgildu aurretik, gogora ekarri behar da, aurreko atal batean esandakoari lotuta, sexuagatiko eta generoagatiko diskriminazioaren arteko aldea 1/2015 Lege Organikoaren hitzaurrean aipatzen dela (hots, genero arrazoiengatiko diskriminazioa txertatu zuen arauan). Hitzaurre horretan Istanbulleko Hitzarmenari egiten zaio erreferentzia, eta haren arabera generoa gizarte jakin batek emakumearenak edo gizonarenak direla ulertzen dituen sozialki eraikitako rol, portaera, ekintza eta egozpenak dira, sexu erreferentziak hartzen duen eremuaz bestelako diskriminazio ekintzak bildu ditzakeena.

Behin hori argi utzita, sexu arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioa argitzeko, doktrinara eta jurisprudentziara jo beharra dago. Doktrinari dagokionez, oso eztabaidatua izan da sexu arrazoiengatiko astungarriaren irismena, bereziki, genero indarkeria kasuetan aplikatu daitekeen erabakitzeari dagokionez. Bada, doktrinaren sektore zabal batek bere bateraezintasuna defendatzen du.

Alonso Álamoren arabera, genero indarkeriaren adierazpena emakumeen aurka burutzen den indarkeriarako erreserbatzen da, indarkeria hori emakume izate hutsagatik burutzen denean, historian nagusi izan den estruktura patriarkalean ondoratuz bere sustraiak (hots, arrazoi historiko-kulturaletan, eta ez sexuan zentzu biologikoan).

Hala, esandakoarekin jarraituz, Diaz Lopezen arabera ez da gauza bera delitu matxista bat (bereziki bikotearen eremuan) edo misoginiak eragindako delitu bat. Egile honen esanetan, bigarren ideiak sexuari egiten dio erreferentzia, eta beraz, ez da aplikagarria subjektuak genero-rol jakin batzuk betikotu nahi dituen kasuetan.

Beraz, Diaz Lopezen hitzetara lotuz, sexu arrazoiengatiko diskriminazioa motibazioengatiko larriagotzea da, baina genero indarkeriak ez ditu egilearen motibazioak zigortzen, bikote-harremanen testuinguruko ondorio jakin batzuk baizik (bikotearen eremuan nagusitasun harremana ezartzea). Hori dela eta, sexuagatiko

⁴¹ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

astungarriaren aplikazio eremua ez dator bat, eta ez ditu erabat estaltzen genero indarkeriari dagozkion kasuak.

Bestalde, ezarpen jurisprudenzialari dagokionez, adierazgarria eta azpimarragarria da astungarri hau oso gutxi erabilia izan dela. Zehazki, bi kasutan izan da alegatua, eta bi kasuetan astungarriaren aplikazioa baztertua izan da⁴². Bi epaien ezaugarri amankomuna da erailketa delitu bat epaitzen dela, bietan subjektu pasiboa emakume bat delarik, eta egilea berarekin bikote harremana duen edo izan duen gizona. Bi kasu hauetan sexu arrazoiengatik astungarria ez da aplikatzen froga faltagatik, eta epaimahaia ez da sartzen bere edukia aztertzeraz.

Edozelan ere, jurisprudentziak, inguruabar astungarriren bat hautematen den beste edozein kasutan bezala, inguruabar hori gertatzen dela frogatzea eskatzen du, hots, biktima bere sexuagatik diskriminatua izan dela. Horrez gain, doktrinako autore gehienek defendatzen dute astungarria aplikatu daitekeela diskriminatzeko intentzioa beste batzuekin batera agertzen den kasuetan, betiere, hori bada motibazio kontziente hurbilena edo nagusia⁴³.

Esandakoari lotuta, sexu arrazoiengatik astungarriaren aplikazioaren inguruko argibide gehiago emate aldera, eta baita genero arrazoiengatik astungarriarengandik bereizteko, zenbait epai aipatzea komeni da.

Batetik, bi astungarrien arteko bereizketari dagokionez, ezaguna da Konstituzio Auzitegiak ezarritako doktrina, besteak beste, maiatzaren 14ko 59/2008 Epaian⁴⁴. Zehazki, horren zenbait argibide ematen dira: *“Genero terminoak ez dio sexu arrazoiengatik diskriminazioari egiten erreferentzia. Legegileak ez du subjektu aktibo eta pasiboaren sexua aintzat hartzen astungarritzat, gertakari jakin batzuen izaera bereziki kaltegarria baizik, horiek burutzen diren harreman eremua eta errotutako berdintasun eza larriaren adierazpenaren esanahi objektiboa kontuan izanik. Zigorra ez da ezartzen subjektu aktiboaren edo biktimaren sexuaren arazoiz, ezta haren biologiarri lotutako arrazoiengatik ere. Aitzitik, egitate larriagoen zigor handiagoan datza,*

⁴² Madrilako Probintzia Auzitegiaren Epaia 422/2015, ekainaren 30ekoa (27. Atala, 2116/2014 errekurtsua) eta Cuencako Probintzia Auzitegiaren Epaia 49/1998, uztailearen 7koa.

⁴³ Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 1-20 or.

⁴⁴ Konstituzio Auzitegiaren Epaia 59/2008, maiatzaren 14koa (2. Atala, 6095/2005 errekurtsua), IX. O. J. (oinarri juridikoa).

legegileak arrazoizkotzat jotzen duena, indarkeriaren eta berdintasun ezaren agerpen bereziki kaltegarria izateagatik”.

Bestetik, esandakoari lotuta, kontzeptuak argitze aldera, Auzitegi Gorenaren irailaren 25eko 420/18 Epaiak ondokoa adierazten du: *“Sexuak gizonak eta emakumeak bereizten dituzten biologia eta fisiologia ezaugarriei egiten die erreferentzia; generoak berriz, gizarte jakin batek berez emakumearenak edo gizonarenak direla ulertzen dituen sozialki eraikitako rol, portaera, ekintza eta egozpenei lotutako alderdi kulturaleri egiten die erreferentzia (Istanbuleko hitzarmena, 3..c artikulua). Hala, bikote-harremanaren eremutik kanpo aplikatu daiteke biktimaren sexuagatiko diskriminazioagatiko larriagotzea. Gainera, bi astungarrien oinarriak bat etorrira ere, bataren eta bestearen oinarria bereiztea posible izango da”.*

Azkenik, esandakoa borobiltzeko, Valentziako Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren 2018ko ekainaren 29ko Epaira jo beharra dago: *“Lehen interpretazio batean sexu eta genero arrazoiengatiko diskriminazio kasuak bereiztu daitezke babes horren objektu den biktima bereizita. Sexu arrazoiengatiko diskriminazioaren kasuan, haren subjektu pasibotzat jo daiteke gizon bat emakume baten edo emakume talde baten aurrean. Aldiz, genero arrazoiengatiko astungarriak jarrera matxistak baino ez litzazke estaliko, hau da, gizonezkoek emakumeen aurrean burutzen dituztenak, kontzienteki edo inkontzienteki, beraien nagusitasuna eta haienganako tratua (beheragoko gizaki gisa) adierazteko intentzioarekin, aplikazioa bikote edo bikote ohiaren esferara mugatu gabe. Beraz, astungarri hau aplikatuko litzateke egitatea emakume baten aurka burutzen denean emakume izate hutsagatik, eta arrazoi horregatik emakumea gutxiago dela sentiarazteko asmoz. Baita biktimak bere erasotzailearen borondatera makurtzea onartzen ez duen kasuetan ere”.*

Esandakotik ondorioztatu daiteke, biktima emakumea denean, sexu arrazoiengatiko astungarriak bere aplikazioa galduko duela genero arrazoiengatiko astungarriaren alde⁴⁵.

⁴⁵ Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

Hala, ikus daitekeen bezala, bi astungarrien aplikazioaren artean zenbait desberdintasun daude (aurrerago, genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioa aztertzerakoan elementu horietan sakonduko delarik).

Esan bezala, bien arteko bereizketa egitea batzuetan konplikatua izan daiteke, gaur egun, emakumearen mendekotasuna ahalbidetzen duten rol eta estereotipoetan oinarritutako diskriminazioak batez ere generoa eta sexua lotuta (femeninoa/emakumea) agertzen diren errealitatean eragiten baitu. Edozelan ere, etorkizunean, gizarte bilakaerarekin batera, generoan oinarritutako diskriminazioak (ez dikotomia tradizionalera mugatuta) kontuan izan beharko du egitateen bereizketa garbiago bat, non diskriminazioa ez den oinarritzen hainbeste sexuaren (biologikoa) arabera, baizik eta biktima identifikatzen den generoa aintzat hartuta.

Beraz, genital aparatuak (eta kasu batzuetan ugaltze aparatuak) genero espezifiko bat dakarrela dioen ideia tradizionala gaindituta, eta generoa eraikuntza soziala dela ulertuta⁴⁶, gizarte libre eta berdineko batek hari atxikitzeak dakarren askatasun pertsonalaren egikaritzea onartu behar luke. Hala, posible litzateke generoan eta rol sozialean oinarritutako diskriminazio kasuak aurkitzea, sexuarekin modu automatikoan lotuta ez daudenak⁴⁷.

2. Ahaidetasun aldarazle mistoaren aplikazioa eta genero arrazoiengatiko astungarriarekin duen bateragarritasuna

Sexu arrazoiengatiko astungarriaz gain, bada sarritan genero arrazoiengatiko astungarriarekin batera agertzen den eta zigor erantzukizuna aldatu dezakeen beste inguruabar bat, Zigor Kodeko 23. artikuluko ahaidetasun inguruabar mistoa, hain zuzen ere.

⁴⁶ Generoa konstrukzio sozialaren prozesuaren emaitza da, zeinaren bidez kultura bakoitzak emakumeei eta gizonei egozten dizkien balioak eta itxaropenak sinbolikoki esleitzen diren. Sistema matxistaren ikasketa kultural horren ondorioz bai emakumeek eta bai gizonezkoek genero etiketen pean esleitu dizkieten rolak eta identitateak ikasten eta erreproduzitzen dituzte. Rol horiek betetzean gizabanakoek gizartean parte hartzen dute, eta rol horiek barneratzean, haien zat sozialki zentzua hartzen du. (Berger eta Luckman, 2006).

⁴⁷ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

Hala, laburki bada ere, komenigarria da genero arrazoiengatiko astungarriaren eta ahaidetasun inguruabar mistoaren arteko desberdintasun/berdintasun eta aplikazio/bateragarritasunaren inguruan zenbait xehetasun ematea.

Zehazki, honela dio Zigor Kodeko 23. artikulua: “*Erantzukizuna arindu edo larriagotu dezakeen inguruabarra da, delituaren izaeraren, arrazoiaren eta ondorioen arabera, ezkontidea edo antzeko afektibitate-harreman baten bidez modu egonkorrean lotuta dagoen edo egon den pertsona izatea, edo erasotzailearen edo haren ezkontidearen edo bizikidearen aurreko, ondorengo edo neba-arreba izatea, izatez/naturaz edo adopzioz*”⁴⁸.

Artikulua irakurrita nabaritu daitekeen lehen desberdintasun nagusia, aurrez ere aipatua, zigorra aldatzerako orduan izan dezakeen efektua da. Izan ere, genero arrazoiengatiko inguruabarra astungarri bezala dago arautua; aitzitik, ahaidetasun inguruabar mistoa astungarri edo aringarri bezala aplikatua izan ahalko da, egoeraren arabera⁴⁹.

Horrez gain, azpimarragarria da ere, ahaidetasun inguruabar mistoa aplikatzeko beharrezkoa dela, batetik, ezkontza harreman edo antzeko afektibitate harreman baten bidez lotuta egotea edo egon izana (lotura hori jada desagertuta badago ere inguruabarra aplikatzea posible delarik, irailaren 29ko 11/2003 Lege Organikoaz geroztik); eta bestetik, harreman hori egonkorra izatea. Aipatutako bi ezaugarri edo betekizun hauek ez dira beharrezkoak genero arrazoiengatiko astungarria aplikatu ahal izateko⁵⁰.

Argibide gehiago emate aldera, oso baliagarria da Auzitegi Gorenaren azaroaren 19ko 565/2018 Epaia⁵¹. Epaileak gogora ekartzen du ahaidetasunaren astungarria bizikidetzan oinarritutako inguruabar objektiboa dela, bikote-harremanean afektibitate subjektiboko inolako loturarik eskatu gabe; izan ere, delituaren egilearen eta biktimaren arteko efektuaren froga eskatuko balitz, ez litzateke eraginkorra izango. Beraz, afektua ez

⁴⁸ Hemendik aurrerako analisia zentratuko da azpimarratuta dagoen zati horretan, hots, ahaidetasun arrazoiengatiko astungarri mistoa noiz ematen den ezkontideen eta antzeko afektibitate harremana duten horien artean.

⁴⁹ Ikusi, erreferentzia gehiagorekin, MIR PUIG, Derecho penal, parte general, 8ª edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 634-636 or.

⁵⁰ Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 1-20 or.

⁵¹ Auzitegi Gorenaren Epaia 565/2018, azaroaren 19koa (1. Atala, 10279/2018 errekurtsua), VII. O. J. (oinarri juridikoa).

da astungarri hori aplikatzeko eskatzen diren elementu edo inguruabarretako bat. Gainera, lege-testuak ez du erlazioaren egungo presentzia ere eskatzen, baizik eta “ser o haber sido” bezala adierazten da.

Justifikazioari dagokionez, horrela jarraitzen du bere argudiaketa adierazitako ebazpenak: *“Zigorra handitzearen justifikazioa delitua ahaidetasun edo afektibitate harreman horren bidez lotuta dauden pertsonen aurka burutzean datza, zeina erasotzaileak mespretxatzen duen. Hala inguruabarra hautemateko beharrezkoa da, batetik, elementu objektibo bat, hots, aurreikusitako mugen barruan ahaidetasuna egotea; eta bestetik, elementu subjektibo bat, hots, erasotzailea biktimarekin lotzen duen harreman horretaz kontziente izatea. Datu hori nahikoa izango da, eta ez da eskatzen maitasuna edo afektua egotea, bestela inguruabarraren aplikazioa ia ezinezkoa izango litzatekeelako”*.

Hala, laburbilduz, ahaidetasun inguruabar mistoa aplikatu ahalko da, astungarri bezala, *“elementu objektiboa ematen denean (hau da, bikote harreman egonkorra egotea, egungoa edo iraganekoa) eta burutzen den delitua harreman edo bizi komunitate horien zirkuluaren edo markoaren ondoriozkoa bada, egun apurtuta badago ere”*.

Behin hau argi utzita, eta lan honetarako garrantzitsua den mamian sartuz, epai bereko zortzigarren oinarri juridikoa genero arrazoiengatiko astungarriaren eta ahaidetasun inguruabar mistoaren arteko bateragarritasunaz mintzo da. Hala, bertan esaten denaren arabera, bi astungarrien arteko bateragarritasunari dagokionez, oinarri desberdinetatik abiatzen gara. Izan ere, genero arrazoiengatiko astungarriak izaera erabat subjektiboa du, emakumea menderatzeko egintzak gauzatzeko asmoan oinarritzen dena. Ahaidetasun astungarriak berriz, bizikidetzan oinarritutako osagai objektibo nabarmena du, lotura afektiborik ez egonda ere.

Horregatik, bi astungarriak bateragarriak dira, ahaidetasun astungarria senar-emazteen edo izatezko bikoteen kasuan dauden edo izan diren familia eta afektibitate loturetan oinarritutakoa den heinean; eta genero arrazoiengatiko astungarria berriz, delitua arrazoi jakin batekin egin izatean oinarritzen den heinean, biktima genero arrazoiak direla eta emakume izatearekin, hain zuzen ere.

Ildo beretik, bi astungarrien bateragarritasuna onartzeari dagokionez, doktrinaren arabera, Zigor Kodearen 23. artikuluan aurreikusitako ahaidetasun inguruabar mistoak zigorra larritzeko oinarri objektiboa du, biktima eta erasotzailearen artean bertan

araututako harremanen bat emanez gero aplikatuko dena. Zigor Kodeko 22.4 artikuluan aurreikusitako genero arrazoiengatiko astungarriak berriz, oinarri subjektiboa du, delituaren egileak bere nagusitasuna adierazi behar duelarik emakumezko biktimaren aurrean, emakumezkoa izate hutsagatik.

Izan ere, genero arrazoiengatiko astungarria, emakumeak bere generoa dela eta jasaten duen diskriminazioan oinarritzen da, biktimaren eta erasotzailearen artean bikote harreman bat existitzen den edo ez kontuan izan gabe. Ahaidetasun astungarriari dagokionez, familia edo afektibitate harremanek (egungoek edo iraganekoek) ezartzen dituzten betebeharrak moral edo obligazioen mespretxuan oinarritzen da.

Hala, bi astungarriak aplikatuta ere, ez da urratzen balorazio bikoitzaren debekua (*non bis in idem* delakoa), bi egitate desberdin baitaude, nahitaez elkarrekin eman behar ez direnak, eta kasu batean zein bestean larriagotzea oinarritzea ahalbidetzen dutenak.

3. Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatiko astungarria

Behin aurreko ataletan Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatiko astungarria beste astungarri batzuekin (sexu arrazoiengatiko astungarria eta ahaidetasun astungarria) alderatuta, eta haien arteko bateragarritasuna eta muga zehaztuta, puntu honetan lan honen ardatza den genero arrazoiengatiko astungarriaren analisi sakonagoa eta zehatzagoa egingo da, bere aplikazioan zentratuz, batez ere, ondoren adierazten diren hiru puntuetan.

A) Astungarriaren aplikazio eremua: tipo espezifikoak eta non bis in idem eta inherentzia printzipioak

Zigor Kodeko 22.4 artikuluan bildutako genero arrazoiengatiko astungarri orokorrak, aukera ematen die epaileei kasuz kasu baloratzeko gizonak emakumeekiko dituzten indarkeriazko jokabideen osagai sexista, egilearen erruduntasunaren larritasunari edo emakumearen gutxiagotasunari buruzko justifikaziorik gabeko presuntzioak saihestuz, genero-figura espezifikoetan gertatzen den ez bezala (ACALE SÁNCHEZ).

Edozelan ere, genero arrazoiengatiko astungarria bereizketarik gabe aplikatzeak Zigor Kodeko 67. artikuluan jasotako inherentzia printzipioa, eta honekin batera baita *non bis in idem* printzipioa ere urratu ahalko lituzke, jokabide bera bi aldiz zehatuz⁵².

Baina, zer dira zehazki aipatutako bi printzipio hauek? Eta zein eragin dute genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioaren hautematean? Bada, finean, bi printzipioek ideia berdina adierazten dute kasu honetan.

Batetik, *non bis in idem* printzipioa dago, Espainiako Konstituzioan jasota ez egon arren, guztiz aplikagarria dena, honen 25.1 artikuluan⁵³ inplizituki arautzen baita, legezkotasunaren eta tipikotasunaren printzipioei lotuta.

Bestetik, inherentzia printzipioa dago, Zigor Kodeko 67. artikuluan⁵⁴ jaso. Hala, hau emango da, dagokion delituak inguruabar espezifikokoak aurreikusten baditu Zigor Kodeko zati bereziko delitu batentzat edo delitu multzo batentzat, soilik delitu horretan edo multzo horretan zabalduz bere eragina, eta hauek Zigor Kodeko zati orokorrean araututako inguruabarrekin bat egiten dutenean⁵⁵.

Hala, zenbait kasutan ezingo da inguruabar astungarria ezarri, zenbait delitu tiporen berezko ezaugarri baitira. Kontrara eginez gero, egitate berdina bi aldiz baloratuko litzateke, bi aldiz zigortuz, hain zuzen ere *non bis in idem* printzipioak debekatzen duena⁵⁶.

Izan ere, inguruabarrak delituaren elementu akzidentalak badira, zigorraren zenbateko txikiagoa edo handiagoa justifikatzen duen faktore erantsi bat aurkeztu behar dute nahitaez. Inguruabar hori (edo horren oinarria, izaera, logika edo deskribapen materiala) delitu-figura berean dagoenean, aringarria edo astungarria ez da egitate

⁵² Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

⁵³ **Espainiako Konstituzioko 25.1 artikulua:** inor ezin da kondenatu edo zigortu ekintzengatik edo ez-egiteengatik, baldin eta ekintza edo ez-egite horiek, une hartan indarrean zegoen legediaren arabera, delitu, falta edo arau-hauste administratibo ez badira.

⁵⁴ **Zigor Kodeko 67. artikulua:** aurreko artikuluko erregelak ez zaizkie aplikatuko legeak arau-hauste bat deskribatzean edo zehatzean kontuan hartu dituen inguruabar astungarri edo aringarriari, ezta delituari berez datzekioneri ere (non horiek eman gabe ez litzatekeen arau-hausterik egongo).

⁵⁵ Ikusi, erreferentzia gehiagorekin, MIR PUIG, Derecho penal, parte general, 8ª edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 611 or.

⁵⁶ Serrano, J. (2017). La nueva agravante de género. *Revista, foro FICP*, (2017-2), 598-616 or.

zigorgarriari zerbait berria gehitzen dion elementu akzidentala, haren balorazio-esentzia horrek xurgatzen duen heinean.

Beraz, delituari ezer berririk gehitzen ez badio (hots, ekarpenik egiten ez badu), berez dagokion ondorioa (zigorra arintzea edo astuntzea) arrazoirik gabe uzten du, eta ondorioz, kasu horietan logikoa da dagokion zirkunstantzia ez aplikatzea⁵⁷.

Bada, behin printzipio hauek zer diren jakinda eta nola funtzionatzen duten ikusita, praktikan genero arrazoiengatiko astungarria zein deliturekin den bateragarria aztertzea komeni da.

Batetik, paradoxikoa bada ere, genero arrazoiengatiko astungarri orokorra ezingo da aplikatu genero-indarkeriaren berezko delitu gisa identifikatutako horietan⁵⁸.

Hala, genero arrazoiengatiko astungarria ezin izango da aplikatu 1/2004 Lege Organikoak genero arrazoiengatik larriagotu zituen figura guztietan (genero-figura espezifikoak), baldin eta biktima erasotzailearen emaztea bada edo izan bada, edo antzeko harreman baten bitartez lotuta dagoen edo egon den emakumea bada, nahiz eta elkarbizitarik ez izan.

Hain zuzen ere, aurrez aipatutakoak erreferentzia egiten die Zigor Kodeko 148.4 (lesioak), 153.1 (ohikoak ez diren tratu txarrak), 171.4 (mehatxu arinak) eta 172.2 (derrigortze arinak) artikuluei. Beraz, kasu horietan ezingo da genero arrazoiengatiko astungarri orokorra aplikatu, *non bis in idem* printzipioa apurtuko litzatekeelako⁵⁹.

Edozelan ere, genero arrazoiengatiko astungarria inguruabar astungarrien legezko eta xehetasunezko zerrendan sartzeak esan nahi du legegileak aitortu egiten duela bidegabearen elementu subjektibo horren sustantibitatea eta independentzia. Izan ere, arau-hauste penal batzuetan tipoaren elementu gisa jarduten du, eta beste batzuetan erantzukizun kriminala aldatzen duen inguruabar orokor gisa.

Bestetik, lanaren hasieran aipatutako gorroto delituak ditugu. Kategoria honi lotuta, hainbat delitu mota daude, jarrera diskriminatzaileen adierazpen zehatzak baino ez direnak, eta horietan ezin izango da inola ere analisi honen aztergaia den inguruabar

⁵⁷ Orejón, N. (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. (Doktorego tesia). Universitat de València, Facultad de derecho, España.

⁵⁸ Serrano, J. (2017). La nueva agravante de género. *Revista, foro FICP*, (2017-2), 598-616 or.

⁵⁹ Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

astungarria aplikatu, arau-haustearen berezko egitura astuntzen duen argudiaketaren motibazioari lotuta doalako.

Hala, esandakoari jarraiki, ezin izango da genero arrazoiengatiko astungarria aplikatu lanpostuko diskriminazio delituetan (Zigor Kodeko 314 artikulua), talde edo elkarteen aurkako diskriminazioa eragiteko delituan (Zigor Kodeko 510 artikulua), astungarrian jasotako arrazoiren batengatik prestazioak ukatzeko delituetan (Zigor Kodeko 511 eta 512 artikulua), diskriminazioa sustatzen duten legez kanpoko elkarteen delituan (Zigor Kodeko 515.4 artikulua), genozidio delituetan (Zigor Kodeko 607 artikulua), talde etniko bat beldurtzera bideratutako mehatxuen delituan (Zigor Kodeko 170 artikulua) eta diskriminatzeko arrazoiz egindako torturen delituan (Zigor Kodeko 174 artikulua).

Gainera, delitu horietako batzuek berariaz aitortzen dituzte genero arrazoiak subjektu aktiboaren ekintza zuzendu duten arrazoi gisa. Zehazki, gorroto diskurtsoaren delituak (Zigor Kodeko 510 artikulua), astungarrian jasotako arrazoiren batengatik funtzionario, profesional edo enpresa batek prestazioak ukatzeko delituetan (Zigor Kodeko 511 eta 512 artikulua), eta gizateriaren aurkako deitua (Zigor Kodeko 607 bis artikulua) dira.

Beraz, aurreko bi paragrafoak laburbilduz, eta Zigor Kodeko 67. artikuluan xedatutakoaren arabera, genero arrazoiengatiko diskriminazioaren astungarri orokorra ez da bateragarria izaera hori tipoaren elementua den delituetan ezta genero arrazoiak diskriminazio arrazoi gisa berariaz deskribatzen eta zehatzen diren arau-hausteeetan.

Azkenik, genero indarkeriari dagozkion delituez eta gorroto delituez gain, badira beste delitu figura batzuk, berariaz genero arrazoiengatiko diskriminazioa aitortzen ez badute ere, diskriminazio hori delitu horien izaeraren oinarrian egon daitekeela uste dena, isilbidezko inherentziaren kasua izango litzatekeena, hain zuzen ere.

Hots, isilbidezko inherentzia litzateke, delitu figura jakin baten kasuan, berariaz adierazten ez bada ere, inguruabar hori eman ezean delitua burutzen ez bada. Hau da, beharrezkoa da inguruabar hori ematea delitua burutu ahal izateko.

Kasu hauetan, delitu figuran genero arrazoiengatiko jardunaren isilbidezko inherentzia onartzen denetan, epaileak debekatuta dauka tipifikazioaren eremu orokorrean delitu figurak xurgatu duen astungarri edo aringarri bat erabiltzea.

Hala, eremu honen barruan hiru delitu aztertu behar dira. Lehenik, Zigor Kodeko 172 bis artikuluko behartutako ezkontzaren delitua dago. Delitu honen kasuan, ezkontzera behartu nahi den subjektua emakumea denean, genero indarkeriaren adierazletzat har daiteke.

Edozelan ere, kasu honetan ezin da isilbidezko inherentziaren existentzia zehaztu, eta beraz, delitu hori eta genero arrazoiengatiko astungarria bateragarriak dira. Izan ere, batetik, Istanbulko Hitzarmenak ez du bere aplikazioa genero indarkeria kasuetara mugatzen; eta bestetik, indarkeria mota honen modalitateak existitzen dira non subjektu pasiboa gizona izan daitekeen, eta beraz, ezin da zehaztu delitu figura honek nahitaez genero arrazoiaren motibazioa subjektu aktiboan ezartzen duenik.

Bigarrenik, Zigor Kodeko 149.2 artikuluko genitalen mutilazioaren delitua dago. Xedapen honek, ezkontza behartuaren delituarekin gertatzen den bezala, tipoa ez du eskatzen haren subjektu pasiboa emakumea izaterik.

Hala ere, emakumeen genitalen mutilazioaren praktikak motibazio matxista argia du, Zigor Kodeko 22.4 artikuluan jasotakoari lotuta. Hau da, helburua emakumeari plazer sexuala kentzea da, haurrak sortzeko eta gizonaren gogobetetze funtzioak betetzeko beharrezkoa den sexua praktikatzeko ezintasuna eragin gabe.

Horregatik, genero arrazoiengatiko astungarriaren eta genitalen mutilazioaren delituen artean isilbidezko inherentzia abstraktua dagoela ondorioztatu behar da. Ondorioz, genero arrazoiengatiko astungarria ezin da delituaren elementu osagarri gisa erabili, eta ezin da kasu horietan aplikatu.

Hirugarrenik, Zigor Kodeko 177 bis artikuluko pertsonen salerosketaren delitua dago. Hala, arau horrek berariaz aitortzen ditu sexu esplotazioa (baita ezkontza behartuak ere) pertsonen salerosketaren helburu gisa. Horri lotuta, tipoak ez du adierazten esplotazioaren objektu izan daitezkeen subjektuen sexua, aplikatu ahal izango da gizonak zein emakumeak izan.

Hala eta guztiz ere, biktima gehienak emakumeak eta neskek izan ohi dira, eta salerosketaren xede den emakumearen sexu esplotazioa etekin ekonomikoak lortzeko modu bat baino ez da, salerosia den emakumearen mendekotasunaren bidez gizonen sexu premiak asetzeko. Hala, Istanbulko Hitzarmeneko 3. artikuluan ezarritakoari jarraiki, genero arrazoiengatik emakumeen aurka indarkeria erabiltzeko modu bat da.

Beraz, orotara, isilbidezko inherentzia ematen dela ulertu behar da, eta ez da genero arrazoiengatiko astungarriarekin bateragarria. Horrek ez du esan nahi delitu hau gizonen aurka burutu ezin daitekeenik, baina emakumeen aurka ematen denean, eta gainera, Istanbulko Hitzarmenean ezartzen den baldintzetan (hots, neurritz kanpo eragiten badie emakumeei), genero arrazoiengatik ematen dela esan nahi du⁶⁰.

Bestalde, zein kasutan aplikatu ezin daitekeen argitu ostean, esan beharra dago, genero arrazoiengatiko astungarria emakumeen aurkako indarkeria kasu garrantzitsuenei eta Zigor Kodean tipifikatutako figura espezifikorik ez duten delituei aplikatu ahalko zaiela, besteak beste, Zigor Kodeko 138 artikuluko hilketari, Zigor Kodeko 139. artikuluko erailketari, Zigor Kodeko 172.3 artikuluko etxeko ohiko indarkeriari, eta Zigor Kodeko 178. artikuluan eta hurrengoetan araututako sexu askatasun eta ukigabetasunaren aurkako delituei⁶¹.

Baina, zein iritzi dago doktrinan genero arrazoiengatiko astungarriaren eta tipo espezifikoen artean ematen den dikotomiaren inguruan? Bada, Acaleren arabera, astungarriaren aldekoa dena, generoagatik astundutako tipo espezifikoen eta kualifikazio hori astungarri orokorraren bidez lortzen den horien arteko dikotomia gainditu beharko litzateke, berariazko tipifikazioa ezabatzea defendatuz eta genero arrazoiengatiko astungarri orokorra erabiltzea bultzatuz.

Zentzu berean, Comas de Argemirrek genero arrazoiengatiko astungarri orokorraren alde egiten du autoreak arrazoi matxistengatik edo diskriminazio sexistagatik jarduten duen kasu guztietan, berariazko tipifikazioen ordez.

Beste autore batzuek ordea, astungarri orokorra eta astungarri espezifikoak erabiltzea guztiz bateragarria dela diote. Izan ere, haien arabera, legegileak teknika hori beste kasu batzuetan ere erabili izan du, azpikeriaren kasuan gertatzen dena esaterako, Zigor Kodeko 20.1 artikuluan astungarri orokor gisa aurreikusten baita, eta baita astungarri espezifikorik gisa ere Zigor Kodeko 140. artikuluko erailketaren kasuan⁶².

⁶⁰ Orejón, N. (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. (Doktorego tesia). Universitat de València, Facultad de derecho, España.

⁶¹ Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

⁶² López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

B) Astungarriaren aplikazio eremua: bikotea edo antzeko harreman afektiboa izatea. Jurisprudentziaren joera(k)

Behin genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikazio teorikoa eta tipo penal desberdinekin duen bateragarritasuna argi utzita, hurrengo atal honetan jurisprudentziak bere aplikazio praktikorako eskatzen dituen baldintzak aztertu nahi dira, eta horren baitan, ea erasotzailea biktimaren bikotea edo antzeko harreman afektiboa mantentzen duen pertsona izatea beharrezkoa den. Horretarako, Auzitegi Gorenak azken urteetan emandako epaietan⁶³ adierazitakoa hartuko da kontuan, batez ere.

Gutziz murgildu aurretik, hasteko, doktrinak adierazten duenari erreferentzia egitea komeni da, laburki bada ere. Hala, doktrinaren aldetik planteatzen den kezka nagusiena, astungarriaren oinarria den egoera berezia antzemateko zailtasuna da, hots, egintza genero arrazoiengatik diskriminatzeko egin dela frogatzeko zailtasuna.

Edozelan ere, astungarriaren interpretazioaren zailtasuna arindu egin daiteke jurisprudentzia ebazpenak eman ahala (aurrerago aztertuko direnak). Izan ere, hauek, kasu desberdinen bidez, testuinguru diskriminatzailea eta menderatzailea zehazteko irizpideak ematen dituzte, frogatu daitezkeen elementu objektiboen bidez (aldez aurreko mehatxuak egotea, bikotearen banatzea indarkeria egintza eragilea izatea, aldez aurreko erasoak, etab.).

Horri lotuta, adierazgarria da Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiak genero indarkerian eta etxeko indarkerian duen adituen taldeak ematen duen datua. Hala, epaiak askotarikoak izan arren, genero arrazoiengatiko astungarria aplikatzea eskatu den epaien ehuneko handi batean (zehazki %67an) haren existentzia frogatu da⁶⁴.

Goazen bada epai horietako batzuk aztertzeraz, aplikazio praktikoa sakontze aldera. Lehenik eta behin, Auzitegi Gorenaren 565/2018 Epaia aipatu beharra dago, 2018ko azaroaren 19koa. Honek genero arrazoiengatiko astungarria aplikatzeko zenbait argibide ematen ditu, eta ondorengo epai askotan adierazia eta errepikatua izan da bertan azaldua.

⁶³Epai horien identifikazioa ondoren adieraziko da, baita amaierako jurisprudentziaren atalean ere.

⁶⁴ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

Hala, bere zazpigarren oinarri juridikoan, hasteko, genero arrazoiengatiko astungarriaren jatorriaz mintzo da, bere erabileraren zergatia ulertzea errazteko. Zentzu horretan, astungarria 1/2015 Lege Organikoaren bidez ezarri zela aipatzen du, eta Lege Organiko horren zioen azalpenari erreferentzia egiten dio (goragoko atal batean aipatua izan dena).

Horrez gain, astungarriaren jatorriarekin jarraituz, Istanbuleko Hitzarmenari egiten dio erreferentzia, zehazki haren 3.d artikuluari (goragoko atal batean ere aipatua izan dena), eta argi uzten du, Espainiak hitzarmena berretsi zuela.

Behin hori argi utzita, mamiari heltzen dio, eta hala jarraitzen du:

“Argi dago 22.4 artikuluan jasotako astungarrien funtsa egileak ekintza bertan adierazten diren kolektiboetakoren baten gainetik dagoela sentitzen duelako (eta baita biktimari berari bere azpitik dagoela sentiarazteko) egiteak dakarren gaitzespen penal handiagoan oinarritzen dela.

Hala, subjektu aktiboak subjektu pasiboa mendean hartu eta azpiratu egiten du, betiere, astungarriaren aplikazio eremua bikote harremanei edo bikotekide ohiei soilik mugatu gabe⁶⁵. Aitzitik, emakumea emakume izate hutsagatik hura menperatzeko eta azpiratzeko egindako edozein erasotan aplikatu daiteke, hori da genero arrazoiengatiko astungarriaren benetako esanahia”.

Hala, bi paragrafo horiek genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikazioaren inguruko bi datu baliagarri plazaratzen dituzte. Batetik, astungarria aplikatzeko gakoa

⁶⁵ Antzeko harreman analogoaren terminoak, sarritan, interpretatzerako orduan, arazoak ekarri ohi ditu. Jurisprudentziara jo beharra dago argibide gehiagoren bila. Hala, genero indarkeriaren eremuan, zera adierazten da Auzitegi Gorenaren 697/2017 Epaian, urriaren 25ekoa: *Parekatzea gertatzeko erabakigarriena konpromiso edo egonkortasun maila jakin bat egotea da, nahiz eta fideltasunik ez egon eta etorkizunerako itxaropenik ez izan. Kanpoan geratuko lirateke noizbehinkako eta adiskidetasun hutsezko harremanak, zeinetan osagai afektiboak ez duen garatzeko aukerarik eta erasotzailearen mugikortasuna baldintzatzeke aukerarik izan. Laburbilduz, babes penal indartuak ezin ditu baztertu, formatu ez-konbentzionala izan arren, intentsitate emozionala ezaugarritzat duten harremanak, batez ere, intentsitate horretan dagoenean erasoaren jatorria.*

Beraz, kontzeptu horren barruan sartzen dira, maitasun eta sexu izaerako afektibitatean oinarritutako bestelako harreman sentimentalak, noizbehinkako eta egoeraren araberako harreman soilera mugatzen ez direnez, bikoteko kideen artean lotura afektibo intimoa dagoela adierazten dutenak, edozein dela ere eman nahi zaion izendapen zehatza.

subjektu aktiboak pasiboa menderatzean edo azpiratzean (hots, gazteleraz “*dominar*” izango litzatekeena) dagoela esan daiteke.

Zentzu horretan, epaiak “*etengabeko menderatze edo azpiratze*” egoerari (hots, “*sometimiento continuado*”) egiten dio erreferentzia. Hala, erasotzaileak biktimaren gain burututako etengabeko menderatze horrek azken horren borondatea deuseztatzea eragiten du.

Hala, akusatuak eragindako menderatze eta matxismo giro horretan, biktimaren sentimenduak estigmatizatzen dira, eta delituaren subjektu aktiboak biktimaren jabetza intelektual eta fisikoa lortu nahi du, haren borondatea makurrarazteko ekintzak gauzatzearen bidez.

Beraz, laburbilduz, genero arau penal espezifikoak interpretatuz, ekintza hau burutzen da gizona bere jokabidearen bidez emakumea menderatze eta azpiratze egoera batean ezartzen edo mantentzen saiatzen denean, emakumea bien arteko harremanean gutxiagotasun edo mendekotasun rol batean ezarriz, hark berdintasunerako eta askatasunerako duen eskubidea urratuz, eta baita harreman sentimentaletan gizakioi erakutsi beharreko errespetua ere.

Horrela, genero arrazoiengatiko astungarriaren bidez emakumeen eskubideen babesa zabaltzen da, genero arrazoietan oinarritutako kriminalitatearen aurrean. Hain zuzen ere, aipatutako Auzitegi Gorenaren 565/2018 Epaiatz gain horrela adierazten du Auzitegi Gorenaren 420/2018 Epaiak, irailaren 25ekoak:

“Genero arrazoiengatiko astungarria sartzearekin batera, babes orokorra zabaldu egiten da, eta beraz, zigorraren larriagotzea ez da soilik posible Zigor Kodeko zati berezian biltzen diren tipoetan berariaz jasotako kasuetara mugatzen (non larriagotzearen arrazoa jada tipoan aurreikusten den). Aitzitik, genero arrazoiengatiko diskriminazioa ematen den gainerako kasu guztietara zabaltzen da, gizonak emakumea menderatzeko asmoan oinarrituta, honek emakumea bera baino maila baxuagoko gizakitzat hartzen baitu, bere berdintasunerako eskubidea urratuz”.

Bestetik, astungarria ez da bikote harreman edo antzeko harreman afektiboetara, bai egungoak zein iraganekoak, mugatzen (eta beraz jurisprudentziak ez du 1/2004 Lege Organikoak genero indarkeriaren inguruan emandako ideiarene esentziarekin bat egiten puntu horretan).

Zentzu horretan, epai berak hala adierazten du bere hurrengo paragrafoetan:

“Egiten den ez-zilegi penala tratu desorekatu batean oinarritzen da (sexu desberdina dela eta), eta kasu horretan, biktima emakumea izateagatik bereizten da, baina erasotzailearen bikotekidea edo bikotekide ohia izatearen gehikuntzarik gabe, emakume izate hutsagatik baizik. Horri erasotzaileak duen mendekotasun eta obedientzia beharrezko gehitzen zaio, biktima bere jabetzakoa dela sentiaraztera heldu arte, giza harremanetan eman behar den berdintasuna guztiz hautsiz”.

Zentzu berean, Auzitegi Gorenaren 571/2020 Epaiak, azaroaren 3koak, zera adierazten du:

“Genero arrazoiengatik astungarriaren aplikazio eremua bikote edo ezkontza harremanetatik haratago doa. Hura aplikatu daitekeen delituei dagokionez, printzipioz, soilik baztertu beharko dira tipoaren deskribapenean genero faktoreak biltzen dituzten horiek.

Hain zuzen ere, ez dago zalantzatik sexu-askatasunaren aurkako delituekin genero arrazoiengatik astungarriak duen bateragarritasuna; izan ere, delitu mota hauek ez dute tipoaren deskribapenean generoarekin lotutako elementurik jasotzen. Ez da ahaztu behar, Istanbulleko Hitzarmenean adierazitakoaren arabera, sexu-indarkeriak, batez ere biktima helduen eremuan, emakumeei neurriz kanpo eragiten diela”.

Azkenengo hari horri helduta, sexu askatasunaren kontrako delituetan genero arrazoiengatik astungarria aplikatzeari dagokionez, zera adierazten du Auzitegi Gorenaren 444/2020 Epaiak, irailaren 14koak:

“Sexu-harremanena da, argi eta garbi, genero-estereotipo markatuak izan dituen esparruetako bat, emakumea ugaltzera edo plazer objektu soila izatera baztertzuz”.

Beraz, berriro ere bigarren puntu honen mamiari helduz, argi geratu da jurisprudentziak ez duela genero arrazoiengatik astungarria bikote harremanetara edo antzeko afektibitate harremanetara soilik mugatzen.

Baina, zer dio doktrinak? Bada, ikuspuntu hau ez da autore guztiengandik partekatua izan, batzuek haren aplikazioa 1/2004 Lege Organikoaren ildora atxikitzea beharrezkoa dela baiteritzote.

Hala, Marin de Espinosak astungarria bikotearen eremura mugatu behar dela uste du, eta biktimaren eta erasotzailearen arteko afektibitate harremana eskatu behar dela, 1/2004 Lege Organikoan adierazitako eta mugatutako zentzu berean.

Zentzu berean, Ruedaren arabera, interpretazio teologiko-sistematikoa aplikatuz gero, nahitaezkoa da genero-arrazoiengatiko diskriminazioan oinarritutako astungarriaren aplikazio eremua gizon batek bere bikotekidearen edo bikotekide ohiaren aurka egindako indarkeriara mugatzea, 1/2004 Lege Organikoaren 1. artikuluan xedatzen den bezala.

Edozelan ere, Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiak genero indarkerian eta etxeko indarkerian duen adituen taldeak gogorarazi duen gisan, genero arrazoiengatiko astungarria ez da eremu horretara mugatu behar, diskriminazio hori gertatzen den edozein egoeratan aplikatu ahalko delarik, erasotzailearen eta biktimaren arteko harremana zein den kontuan izan gabe, Istanbulko Hitzarmenak esaten duenarekin bat eginez.

Hala, egitateak diskriminazio astungarri orokor batekin larriagotzeko neurria (egitate horiek eremu afektiboan gertatzen ez diren kasuetan ere) positiboki baloratu behar da, legegileak eremu horretan izan duen bilakaeraren adierazgarri izanik⁶⁶.

Baina, nola antzeman daiteke (bai bikote harreman baten eremuan bai hortik kanpo) gizonak emakumearen gain burutzen duen menderatze eta azpiratze efektu hori? Bada, aurrez ere aipatutako Auzitegi Gorenaren 571/2020 Epaiak zenbait argibide ematen ditu:

“Larriagotze egoera bat emateak gehigarri bat eskatzen du. Genero arrazoiengatiko menderatzearen kasuan, erasotzailearen portaeraren antijuridikotasun plus hori bere portaeraren bidez gizonari eta emakumeei tradizionalki esleitutako rolak (non gizona emakumearen gainetik kokatzen den) betikotzen dituen desberdintasun larri eta errotuaren adierazpen izatean oinarritzen da.

Hala, epai batzuek adierazten dute ez dela beharrezkoa emakumea menderatzera eta umiliatzera bideratutako animoa bezala azaleratzen den elementu subjektiboa genero arrazoiengatiko astungarria ezarri ahal izateko. Aitzitik, objektiboki, gizonak izan ditzakeen arrazoi espezifikoak alde batera utzita, egitate horiek bultzatu dituzten

⁶⁶ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

motibazioak gizonaren nagusitasunak berezko duen paper-banaketa desorekatuaren adierazgarri izatea eskatzen da.

Hala, genero arrazoiengatiko astungarria ezartzeko nahikoa izango da frogatutako egitateak bidegabea areagotzen duten elementuekin bat egiten duenean, erasoaren biktima den emakumea mendekotasun rolean jartzen dutelako, historikoki eta sozialki finkatutako diskriminazio ereduak betiketuz. Aldiz, eremu subjektiboan, autoreak larritasun plus hori dakarren portaera kontzienteki eta borondatez bere gain hartu dezan eskatzen da”.

Behin hau azalduta, epaia mendekotasun eta azpiratze hori islatzen duten ekintza zehatzak zeintzuk diren zerrendatzen hasten da, hura frogatu ahal izateko lagungarria izan daitekeena:

“Genero arrazoiengatiko astungarria bikote harreman baten barruan aplikatzen denean, normalean larriagotzea kontrol eta umiliazio ekintzetan islatzen da. Lehenengo horri dagokionez, delituaren subjektu aktiboak emakumearen janzteko modua kontrolatzen du, bere harreman sozialak, bere gustuak eta lehentasunak, eta baira bere autonomia ekonomikoa ere, bere dokumentazioa kentzera heltzeraino emakumearen mugimenduak kontrolatu ahal izateko.

Umiliazio egintzei dagokienez berriz, tratu txarren emaileak emakumea mespretxatzen du emakume izate hutsagatik, ezertarako balio ez duela esaten dio, baita antzeko beste esamolde batzuk ere.

Delitua bikote harremanetik kanpo ematen den kasuetan aldiz, gehienetan ezezagunen artean ematen diren sexu izaerako ekintzak izan ohi direnak, genero arrazoiengatiko astungarriaren larriagotzea subjektu aktiboaren ekintzan oinarritzen da, honek emakumea gauzatzat hartzen duelarik, sexu izaerako umiliazio ekintzak burutuz”.

Hala, borobiltzeko, azken hausnarketa hau egiten da jarraian:

“Genero arrazoiengatiko astungarria, batzuetan, diskriminazio egintza gisa itxuratzen da, baina berez ez dago horrelakorik. Nagusitasun arrazoiengatiko menderatze ekintza bat da, hots, egileak agerian utzi nahi du emakumeak berarekiko duen gutxiagotasun harremana.

Aipatutako alderdi horrek genero arrazoiengatiko astungarria sexu arrazoiengatiko astungarriarengandik bereizten du, azken horretan diskriminazioa baita

ekintzaren bidegabekeria handiagoa justifikatzen duena. Aldiz, hemen ez dago berez genero arrazoiगतिको diskriminaziorik, genero menderatzea baizik, guztiz desberdina dena”.

Praktikan ikus daitekeenez, eta hasieran adierazi bezala, ez da erreza izaten genero arrazoiगतिको astungarria aplikatu ahal izateko beharrezkoak diren egitateak frogatzea. Hala ere, aurrez adierazitako jurisprudentziak zenbait argibide ematen ditu, eta pixkanaka-pixkanaka bidea zabaltzen joan da.

Edozelan ere, astungarria aplikatzerako orduan, kontuan izan behar da ez dela gizonak emakumeen aurka egindako eraso orotan aplikatzen besterik gabe. Hala ohartarazten dute zenbait epaik. Aurrez aipatutako Auzitegi Gorenaren 420/2018 Epaiak hala adierazten du:

“Astungarria ez litzateke aplikatu beharko delituaren objektu den ekintza oldarkorrek azpi-kultura matxistaren konnotaziorik ez duen kasuetan, hau da, gizonezkoaren jokabidea ez denean bikotea zelatatzeke edo emakumea menderatze egoera batean ezartzeko edo mantentzeko borondatearen adierazgarri, emakumea gutxiagotasun rol batean ezarriz, berdintasunerako, askatasunerako eta errespetuzko harremanak izateko eskubideak modu larrian urratuz.

Gainera, genero arrazoiगतिको astungarria aplikatu ahal izateko beharrezkoa da egitate faktikoetatik ondorioztatzea astungarria aplikatzea ahalbidetzen duten inguruabarren gertatzea. Hauek egitate frogatuetan argi eta garbi agertu behar dute, eta horretarako behar bezala egiaztatuak egon behar dute frogen bidez. Froga horiek baliozkoak, nahikoak eta arrazoizkoak izan beharko dira, eta epaian baloratuak izan beharko dira”.

Ildo beretik, honakoa gehitzen du Auzitegi Gorenaren 571/2020 Epaiak:

“Genero arrazoiगतिको astungarriari dagokionez, argi utzi behar da, zuzenbide penalak, zeina egitateena den, eta ez autorearena (“derecho penal del hecho, y no del autor”), ezin dituela pentsamenduak bakarrik epaitu. Baina era berean, egia da ekintzak gaitzesgarriagoak direla arrazoi doilor batengatik egiten eta justifikatzen direnean, hala nola, delitua egitea arrazoi arrazistengatik, antisemitengatik edo biktimaren ideologia, erlijio edo sinesmenengatik, biktimaren etnia, arraza edo nazioagatik, haren sexuagatik,

orientazio edo identitate sexualagatik, generoagatik, edo daukan ezgaitasun edo gaixotasunagatik”.

Azkenik, Auzitegi Gorenaren 444/2020 Epaiak honakoa gehitzen du:

“Gizon batek emakume baten aurka burututako sexu askatasunaren aurkako delitu oro ez da zertan genero arrazoiengatiko astungarriarekin larriagotu behar, harreman eremu horretaz gain beharrezkoa baita gertakarien inguruko inguruabarrek agerian uztea nagusitasun matxista adierazten duen egintza bat dela.

Inguruabar horiek edozein motatakoak izan ahal dira, betiere aplikatutako modalitatearen tipikotasun elementuak gainditzen dituzten heinean, leporatze bikoitzeko kasuak baztertuz. Hala, besteak beste, fokua jarri beharko da erasotzailearen eta biktimaren arteko lotura berezian, egindako adierazpenetan, garatutako praktiken izaera bereziki laidogarrian, auzi-jartzaille kopuruan, eta ekintza jakin batzuen sinbolismoan”.

Beraz, genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikagarritasuna aztertzerako unean, aipatutako auzi guztiak kontuan izan beharko dira. Hala, aipatu den jurisprudentzia hau ondorengo epai askotan errepikatu da, besteak beste, baita Auzitegi Gorenaren 59/2021 Epaian, urtarrilaren 27koa, eta Auzitegi Gorenaren 114/2021 Epaian, otsailaren 11koa.

Amaitzeko, aztertutako horiez gain, Auzitegi Gorenaren 66/2022 Epaia, urtarrilaren 27koa aipatu beharra dago, genero arrazoiengatiko astungarriaren aplikagarritasunaren aspektu jakin bat lantzeko interesgarria izan daitekeena (sexu eta genero arrazoiengatiko astungarrien arteko desberdintasunari lotuta, eta baita gorroto delituen izaerari ere).

Bertan, giza hilketa kasu bat aztertzen da, non emakume baten bikotekide ohiak bere egungo bikotekidea (gizonezkoa) hiltzen duen, beraien harremana bukatu dela onartzen ez duelako.

Hala, kasu horrek ibilbide luzea izan zuen Auzitegi Gorenera heldu aurretik, lehenengo Gipuzkoako Probintzia Auzitegitik, eta ondoren, Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusitik pasatu zelarik. Lehenengo instantzian, epaileak genero arrazoiengatiko astungarria antzeman zuen:

“Genero arrazoiengatiko astungarria gure ordenamendu penalean sartu zen genero diskriminazioan oinarritzen diren ondasun juridikoei eginiko eraso guztiak

kontuan hartzeko. Eraso horietan gizonak emakumea baino gehiago direla uste ohi dute, eta emakumearen duintasuna eta bere eskubideak urratzeko ahalmena dutela, bere aukera askatasuna errespetatu gabe.

Aztergai dugun kasuan epaimahaiak frogatutzat jo du eraso burutzeko arrazoi bakarra biktima erasotzailearen bikotekide ohiarekin harremanetan zegoela izan zela. Hala, erasotzaileak behin eta berriz esan zion bere bikotekide ohiari beste mutil batekin irteten bazen hari eraso egingo ziola, eta ez ziola beste pertsona batekin harreman sentimentalik izaten uzten.

Erasotzaileak bere burua bikotekide ohiaren patuaren jabetzat zeukan, eta berarekin modu posesiboan, kontrolatzailean eta jeloskorrean jokatzeko zuten, nahiz eta honek harremana etetea erabaki zuten atzerapausorik gabe.

Hala, erasotzaileak biktima hiltzean bere bikotekide ohiari emandako abisua bete zuten, eta hura bere heriotzaren erantzule bihurtu zuten, bere nahietara makurtu ez zelako. Erasotzailea bere nagusitasunaz baliatu zen berriro, bere bikotekide ohiaren askatasuna larriki mugatuz, hark biktimarekin izan zezakeen harreman sentimentala ezinbestean eragotziz”.

Arrazoi horietan oinarrituz Gipuzkoako Probintzia Auzitegiak genero arrazoiengatik astungarria aplikatzea erabaki zuten, erasotzaileak bere bikotekide ohiaren menderatzea eta kontrolatzea lortu nahi baitzuten bere egungo harreman sentimentala eragotziz.

Edozelan ere, ez Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiak ez Auzitegi Gorenak ez dute iritzi bera adierazi, eta azkenean astungarriaren aplikazioa ukatu dute:

“Legegileak ezarritako eskakizun bikoitzak berarekin dakar, batetik, egindako delitua diskriminazio arrazoiek bultzatu behar dutela, eta bestetik, epaitutako jokabideak subjektu aktiboak biktimari egozten dizkion elementu bereizgarriekiko mespretxua adierazi behar duela. Beraz, astungarria ez da aplikatuko erasotzaileak diskriminazio arrazoiengatik jardun arren ekintza ez bada burutzen erasotua izan den kolektiboko inoren aurka.

Ondorioz, ez litzateke astungarria hautemango delituaren subjektu pasiboak bazterketaren ondoriozko ondorioak zuzenean jasaten ez dituenen.

Arrazakeriaren aurkako balioak, antisemitismoa baztertea, eta oro har, tolerantzia ideologiko edo erlijiosoa gure bizikidetzaren funtsezko balioak dira, eta beraz horien babes penala guztiz justifikatuta dago, Zigor Kodean inguruabar astungarria txertatuz burutu zena. Edozelan ere, zigor arauaren segurtasun juridikoaren eta zehaztasunaren printzipioak ez urratzeko, beharrezkoa da biktimak zigor arauan aurreikusten den izaera izatea”.

Hala, Auzitegi Gorenak puntu honetan egiten duen argudiaketak harreman zuzena dauka lanaren hasieran gorroto delituei buruz esandakoarekin. Izan ere, zigor arauak babestu nahi dituen kolektiboak (hots, diskriminatuta daudenak) zeintzuk diren kontuan izan behar da.

Zentzu horretan, genero arrazoiengatiko astungarrian zentratuz, Auzitegi Gorenak honako arrazoiak ematen ditu, gaian sakonduz:

“Lehenik eta behin, zioen azalpenak ez du kasu honetarako paradigma-aldaketarik islatzen. Aitzitik, genero arrazoiengatiko diskriminazioari sexu arrazoiengatiko diskriminazioari bestelako edukia egozten dio, baina antzeko oinarri eta eraginkortasun eskakizunekin.

Bigarrenik, diskriminazioaren balio galerari dagokionez, ez da hura Zigor Kodeko 22.4 artikuluko gainerako arrazoiengandik desberdintzen duen elementurik antzematen.

Azkenik, astungarriaren egitura deskriptiboari erreparatuz gero, honek ez du pentsarazten genero arrazoiengatiko diskriminazioaren aplikazioak gainerako kasu astungarriek ez bezala funtziona dezakeenik; izan ere, kasu guztiek eskatzen dute delitu jarduera bultzatzen duen diskriminazioa biktimarengan proiektatzea”.

Behin hori argi utzita, delituaren biktima izate hori zer den argitzera bideratzen du bere analisisia:

“Horri dagokionez, apirilaren 27ko 4/2015 Legeak, Delituaren Biktimaren Estatutuak, hain zuzen ere, biktimaren kontzeptuaren irismena eskaintzen du bere 2. artikuluan:

*i) **Zuzeneko biktimatzat** hartzen da bere pertsonan edo bere ondarean kalte edo galera bat jasan duen pertsona fisiko oro, bereziki lesio fisiko eta psikikoak, kalte emozionalak edo delitu bat egiteagatik zuzenean eragindako galera ekonomikoak.*

ii) Kontzeptua zeharkako kaltetuengana hedatu daiteke, delitu baten ondorioz zuzenean pertsona bat hiltzen edo desagertzen denean, salbu eta egitateen erantzuleak direnean. Kasu horietan biktimatzat joko da:

1) Legez edo egitatez banandu gabeko ezkontidea eta biktimaren edo legez edo egitatez banandu gabeko ezkontidearen seme-alabak, biktima hil edo desagertu zenean haiekin bizi baziren; heriotza edo desagertpenaren unera arte antzeko afektibitate harreman baten bidez harekin lotuta egon den pertsona, eta biktima hil edo desagertu zen unean harekin bizi ziren seme alabak; bere gurasoak eta bere zaintzapean dauden hirugarren gradura arteko senideak (lerro zuzenean edo albokoan), eta bere zaintzapean, tutoretzapean edo kuradoretzapean dauden pertsonak.

2) Aurrekorik ez badago, lerro zuzeneko gainerako ahaideak eta haien anai-arrebak, haien artean biktimaren legezko ordezkariak izanik lehentasuna.

Hala, definizioa eman ondoren, auzitegiak argi uzten du aurrez emandakoa biktimaren legezko adierazpena dela, bere estatutua definitzeko ezartzen dena, baina zigor arau zehatzaileetan interpretazio estentsiborik egin ezin zaiona.

IV. HAUSNARKETA KRITIKOA

Puntu honetara heldu ahal izateko, genero arrazoiengatiko astungarriari lotutako ibilbide luzea egin da. Hala, argi geratu da gorroto delituekin eta diskriminazioaren aurkako zuzenbidearekin duen lotura, baita bere oinarri izan diren eta bere jaiotza bultzatu duten legeak ere, eta amaitzeko, nola ez, bere aplikazio eremua eta horri lotuta ager daitezkeen arazo eta galderak.

Baina, benetan eraginkorra al da genero arrazoiengatiko astungarri hau genero indarkeriaren aurka borrokatzeko? Zein ertz eta arrakala ikusten dizkiote gaiaren inguruko adituek?

Bada, batzuen ustez koherentziarik ez duen sistema hobetzeko balio izan du, jada genero arrazoiengatik astundutako tipo espezifikoetara mugatzeko beharrik gabe, eta astungarria egitate larriagoetan aplikatzeko aukera emanez. Beste batzuek ordea,

erreforma sinboliko gisa kalifikatu izan dute, emakumeari babes material handiagoa eskaintzeko gai ez dela leporatuz⁶⁷.

Bigarren ildo horri lotuta, Adela Asua Batarrita jurista, katedradun eta magistratu emerituak kritika zorrotza egin dio genero arrazoiengatiko astungarriari. Izan ere, bere arabera, badaude zantzuak uste izateko sistema penalaren logikak talka egiten duela eragindako emakumeen interesekin, ezin duelarik biktimen benetako babesari ziurtatu. Hala, zigorra handituz eta astungarriak ezarri biktimari babes handiagoa emango zaionaren ustea kontraesanetan sartzen da errealitatearekin⁶⁸.

Zentzu horretan, emakumeen ehuneko handi batek salaketarik ez jartzeak fokoa emakumeek sistema penalean duten konfiantza faltan kokatzen du, honek eskaini diezaiokeen babesaren inguruko dudak dituztelako eta kasu bakoitzaren berezitasunak ez direlako oso bateragarriak ardatza kondenan eta zigorrean jartzen duen prozesu penalaren egiturarekin.

Hala, genero-indarkeria arazo politiko eta publikoa dela aldarrikatzen bada ere, esku hartzeko moduak ezin ditu zorrotz jarraitu delitu jokabide “*arruntan*” ikerketa bideratzen duten arauak, genero-indarkeriak bizi eremuan hartzen duen dimentsioa dela eta.

Zuzenbide penalaren helburua erasotzaileak burutzen duen jokabidea zigor bidez gaitzestea izanik, honek kalte morala konpentsatu dezake, baina ez biktimak delituzko erasoaren aurretik edo ostean pairatzen dituen benetako zailtasunak.

Horregatik, neurri ez penaletan egiten den azpimarratzea beharrezkoa eta koherentea da genero indarkeriak duen izaerarekin, eta esku-hartze penalaren eta bestelako prebentziozko esku-hartzearen arteko konbinazioa beharrezkoa da, bien arteko oreka lortzen ahaleginduz. Hain zuzen ere, horixe da Istanbulerako Hitzarmenak azaleratzen duen filosofia⁶⁹.

⁶⁷ López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género. op. cit. (108-116 or.).

⁶⁸ Asua Batarrita, A. (2020). La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo. op. cit. (365-376 or.).

⁶⁹ Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal. op. cit (155-184 or.).

Izan ere, Istanbuleko Hitzarmenak emakumearen aurkako indarkeriaren inguruan ematen duen definizioak indarkeria psikologikoa eta indarkeriazko ekintzen mehatxuak (zeinak, dudarik gabe, ezkutatuago edo isilaraziago dauden jarrerak diren) indarkeria materialarekin berdintzen ditu.

Hala, hitzarmenak bere prebentzio gaitasuna lehenesten du erantzuteko gaitasunaren aldean. Gainera, hitzarmenak argi uzten du estatuek zigor ez penalak aurreikusteko eskubidea gorde dezaketela indarkeria psikologikoarekin eta jazarpenarekin lotutako jokabideetarako⁷⁰.

Esan beharra daukat, puntu honetan bat egiten dudala Asuarekin. Izan ere, emakumeen aurkako diskriminazio jokabideei erantzun penala emateaz gain, hauek bestelako laguntzak jasotzea ezinbestekoa dela deritzot (psikologikoa, ekonomikoa, soziala...), eta zigorra handitze hutsagatik ez da emakumeari ematen zaion babesaren handitzea (biktima bakoitzak bere traumari aurre egiteko tresna edo bideak izanik).

Edozelan ere, aurrez esan bezala, izaera desberdineko neurrien artean oreka lortu beharko litzateke, erantzun penala alde batera utzi gabe, gizartearen begietan izaera horretako jokabideak gaitzesteko eta zigorgabetasun eta inpunitate irudirik ez emateko.

Esandako guztiari oso loturik dago 1/2004 Lege Organikoari egin izan zaion kritika handienetako bat. Izan ere, esan daiteke honek zigor zuzenbidea erabiltzen duela genero indarkeriari erantzuteko tresna nagusi gisa, hots, *prima ratio*.

Hala, zuzenbide penalari gehiegizko erabilera emateak, honen bidez lortu nahi den efektuaren kontrako erantzuna eragin dezake, hau da, bigarren biktimizazio bat ematen da, beraien bizitzaz erabakitze eta arazoak modu egokian ebazteko askatasuna ukatzen zaie, eta ezinbestean baliabide bat erabiltzera bideratzen zaie (zigor zuzenbidea, hain zuzen ere), askotan arazoa bere dimentsio guztietan konpontzeko gai ez dena⁷¹.

Izan ere, kontuan izan behar da, zuzenbide penala zenbait mugak zedarrizten dutela, besteak beste, legezketasun printzipioa, zehaztasun printzipioa, *non bis in idem* printzipioa, erruduntasun printzipioa, birgizarteratze printzipioa, proportzionaltasun

⁷⁰ Gordon, B. (2020). La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿un salto hacia lo desconocido?. *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, (24), 90-159 or.

⁷¹ Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

printzipioa, eta batez ere, aurrez esandakoari lotuta, gutxieneko esku hartzearen printzipioa (hots, *ultima ratio* printzipioa).

Azken horri dagokionez, jakina da zigor zuzenbidea gizartea babesten duen heinean baino ez dela justifikatzen, eta bere justifikazioa galtzen duela bere esku hartzea alferrikakoa bada, edota ondasun juridiko horiek babesteko ez hain larriak eta bortitzak diren gizarte kontrolerako bestelako mekanismoak badaude.

Ez da ahaztu behar, zuzenbide penalak indarkeria ekarri ohi duela berarekin, eta horregatik salbuespenezko baliabidea izan behar da, ez da erabili behar edozein gatazka sozial konpontzeko. Ondasun juridiko jakin bat kaltetzen duten jokabide larrienak zigortuz baino ez du esku hartu behar. Hau izango litzateke *ultima ratio* printzipioak duen zentzua⁷².

Esandakoaz gain, kontuan izan behar da ere, aurreko atal batean aztertutako sexu arrazoiengatiko astungarriari lotuta, autore batzuen ustetan jada astungarri horrek betetzen zuela egun genero arrazoiengatiko astungarriak betetzen duen funtzioa, hura praktikan erabiltzen ez bazen ere.

Izan ere, emakumeen babesaren areagotzeko asmoarekin, genero arrazoiengatiko astungarri generiko bat sortzea tresna egokia izango zela uste zen, jada Zigor Kodeko 22.4 artikulua testuinguruan zeregin hori dagoeneko sexu arrazoiengatiko astungarriak betetzen zuela kontuan hartu gabe. Peramatok⁷³ argi eta garbi aitortzen du adierazitako hori:

“Gure barne-zuzenbidean, 1/2015 Lege Organikoak egindako erreforma horren aurretik, sexu arrazoiengatiko diskriminazioaren astungarria genuen, genero arrazoiengatiko diskriminazio kausak sartzeari ahalbidetuko lukeena. Ez egin izanaren arrazoia ez dut uste sexu/genero bereizketatik aplikazioa ukatu izana denik. Aitzitik, aukera hori planteatu ere egin ez genuela esango nuke”.

Hala, esan daiteke, testuinguru diskriminatzaile horretan sexuak inplizituki generoari erreferentzia egiten diola, generoa baita, espazioak eraikitzeko eta esleitzeko

⁷² Mántaras, M.A. (2020). *El derecho penal como instrumento prima ratio de exclusión social*. Trabajo de investigación, derecho penal y criminología.

⁷³ Teresa Peramato Martín espainiar jurista ezaguna da, eta Emakumearen aurkako Indarkeriaren arloari dagokion Salako egungo fiskala da.

duen ahalmenari esker, emakumea mendeko posizio horretan kokatzen duena, hots, mendekotasun sozialean.

Beste era batera esanda, esan liteke diskriminatutako sexua (femeninoa) ez dela diskriminatzen biologia arrazoiengatik, generoak markatutako kultura arrazoiengatik baizik, hori baita gizonen eta emakumeen arteko geruza soziala eragiten duen instrumentua, eta beraz, espazio honetan, sexuak eta generoak gauza bera adierazten dute.

Zentzu horretan, bi astungarriek funtzio bera beteko luketela ulertuz gero, zenbait adituren hitzetan genero arrazoiengatik astungarria aurrez babestu gabe zeuden beste kolektibo batzuk babesteko ez erabili izana faltan bota da.

Izan ere, ulertzen bada sexuak diskriminazio arrazoi gisa dagoeneko emakumeak hartzen dituela, emakume izategatik, Zigor Kodeko 22.4 artikulua baztertua dauden beste talde batzuk babesteko erabili ahalko litzateke, marjinetan egotera kondenatuta daudenak, beraien genero portaerak normatiboak ez izategatik.

Aipatutako talde horiek dira, besteak beste, sexu langileak, trabestiak, drag queen delakoak, eta bestelako kolektibo disidenteak, genero arauak antolatutako espazioetatik haratago daudenak, eta ez direnak gizon/emakume, maskulino/femenino, eta heterosexual/homosexual dikotomia klasikoen ondorio⁷⁴.

Horrez gain, gehiengoaren interpretazioak astungarriaren babesetik kanpo uzten du emakume talde bat, bikote homosexualak dituzten horiek, hain zuzen ere. Ildo horretan, ukaezina da emakume batzuek beste emakume batzuekin dituzten bikote harremanetan menderatze kanon patriarkalen arabera jokatu ahal izatea. Ondorioz, adierazitako kolektibo horrek diskriminazio bikoitza jasaten du: lehenik eta behin, beraien genero femeninoagatik; eta bigarrenik, beraien orientazio sexualagatik⁷⁵.

Beraz, esan daiteke genero arrazoiengatik astungarria egun generoari lotutako diskriminazioak gure ordenamendu juridikoan dituen zenbait arrakala estaltzeko aukera baztertu dela.

⁷⁴ Maqueda, M.L. (2016). Sección de estudios penales. El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015. *Cuadernos de política criminal*, (118), 5-42 or.

⁷⁵ García, C. (2020). Agravación de la pena por razones de género en el derecho penal español. op. cit. (319-348 or.).

Behin hau esanda, gogoratu beharra dago, astungarriaren aplikazio eremuari lotuta, Istanbulko Hitzarmenak genero arrazoiengatiko astungarri generiko bat nahitaez ezartzea eskatzen ez badu ere, honen aplikazioa bikote harremanetara edo antzeko harreman afektiboetara soilik ez mugatzeko adierazten dela.

Kontrara, 1/2004 Lege Organikoak (eta baita doktrinako ildo batek ere) interpretazio murriztailea egin du, eta genero indarkeriatzat hartzen du soilik egungo edo lehengo bikotekide edo antzeko harreman afektiboa duten horien artean gertatzen diren ekintzak. Honek talka egiten du Istanbulko Hitzarmenak markatutako irizpidearekin, eta baita auzitegi espainiarrek ezarritako jurisprudentiarekin ere.

Hala, esan daiteke genero arrazoiengatiko astungarri hau genero-indarkeriaren kontzeptua soilik bikote harremanetara edo antzeko afektibitate harremanetara ez mugatzeko beharraren adierazgarri dela, eta beraz, 1/2004 Lege Organikoak genero indarkeriaz ematen duen kontzeptua aldatzeko beharraren adierazle, nazioarteko legeriarekin bat egiten duen definizio irekiago bat ezartze aldera.

Izan ere, genero-indarkeriak ertz asko ditu, bizitzako esparru guztiak alde alde zeharkatzen dituen. Hala, egia da genero arrazoiengatiko astungarriak bere horretan ez duela emakumearen babesa handitzen (beste izaera batzuetako neurriekin konbinatu behar delarik), eta honek betetzen duen funtzioa jada sexu arrazoiengatiko astungarriak betetzen zuela (praktikan erabiltzen ez bazen ere), astungarri berria beste kolektibo batzuk babestera bideratzeko aukera galduz (eta fokua biktima identifikatzen den generoa aintzat hartuta burututako diskriminazioan jarriz).

Edozelan ere, jakina da genero-indarkeriaren kontzeptu soziologikoa legeak ezarri duen kontzeptu juridikoa baino zabalagoa dela. Funtsean, bikote eta antzeko afektibitate harremanen esparruak ez du agortzen genero kontzeptuak dakarren indarkeria, eta ondorioz, zenbait egoera baztertzen ditu.

Hala, legeak genero-indarkeriaren terminoa hain modu mugatuan erabiltzeak ez du laguntzen emakume guztien aurkako indarkeria desagerrarazten, ez modu sinbolikoan ez praktikoan⁷⁶. Aitzitik, nazioarteko testuek eta genero arrazoiengatiko astungarriaren

⁷⁶ García, C. (2020). Agravación de la pena por razones de género en el derecho penal español. op. cit. (319-348 or.).

jurisprudentzia interpretazioak markatutako bidea jarraitzea egokiagoa izango litzatekeela ondorioztatu daiteke.

V. ONDORIOAK

Aurreko puntuan egindako hausnarketa kritikotik ondorioztatzen da Zigor Kodeko 22.4 artikuluko genero arrazoiengatiko astungarriak arrakalak dituela, eta oraindik ere zer hobetua badagoela gai honetan.

Edozelan ere, lanaren zertzelada inportanteenak azpimarratze aldera, presente izan behar da Zigor Kodeak eskaintzen duen instrumentu honek diskriminazioaren aurkako zuzenbidetik begiratuta soilik duela zentzua, gorroto delituekin lotuta. Hala, arrazakeriaren aurka borrokatzeko ideiarekin jaio bazen ere, pixkanaka bere aplikazio eremua zabaltzen joan zen, diskriminatutako beste kolektibo batzuetara (sexu-orientazioa, aniztasun funtzionala, aporofobia, etab.).

Zentzu horretan, nazioarteko mailan Istanbuleko Hitzarmena izan behar da kontuan, espreski astungarria ezartzeko agindurik ematen ez badu ere, gai honetan oinarria ezartzen duen araua delarik. Estatu mailan 1/2004 Lege Organikoa ekarri behar da gogora, zeinak tipo penal berriak sartu zituen, eta oso eztabaidatua eta kritikatu izan zen, besteak beste, genero indarkeria bikote harreman edo antzeko afektibitate harremanera mugatzeagatik.

Astungarriaren aplikazioari dagokionez ere, honen praktika ez da baketsua izan. Batetik, sexu eta genero arrazoiengatiko astungarrien arteko mugaren arazoa daukagu. Gure iritziz, etorkizunean diskriminazioa biktima identifikatzen den generoaren arabera identifikatzea izango litzateke egokiena. Bestetik, ahaidetasun inguruabar mistoa daukagu, zeina genero arrazoiengatiko astungarriarekin bateragarria dela adierazi den, hauek duten oinarri desberdina dela eta.

Baina, horrez gain, *non bis in idem* eta inherentzia printzipioak ere kontuan izan behar dira, hauek genero arrazoiengatiko astungarria bateraezina egiten baitute genero figura espezifikoekin, eta orokorrean diskriminazio elementu hori tipoaren parte den kasuekin. Gainera, astungarria bikote edo antzeko afektibitate harremanetik kanpo ere aplikatzea posible da.

Hala, konplikatua bada ere kasuz kasu astungarri honen aplikazioa justifikatzen duten elementu horiek frogatzea (hots, subjektu aktiboak pasiboa menderatu edo azpiratu nahi duela islatzen duten horiek) jurisprudenzia pixkanaka-pixkanaka bidea zabaltzen joan da, eta frogatu daitezkeen elementu objektiboak zeintzuk diren adierazi du. Lan xume honek ere bide horretan lagundu beza.

Bibliografía

Anderez, M. (2019). La protección institucional a través del discurso de odio: problemática general con especial referencia al caso “Savva Terentyev c. Rusia” en A., Alonso (ed.), D., Colomer (ed.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana* (511-538 or.). Aranzadi.

Asua Batarrita, A. (2020). La razón de género en el marco de la agravante “de odio” del art. 22.4 CP. por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo en M. Pérez Manzanos (ed.), *Estudios en homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo* (365-376 or.). Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Asua Batarrita, A. (2021). Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal en G., Otazua (ed.), A., Gutiérrez-Solana (ed.), *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial* (155-184 or.).

Correcher, J. (2021). La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 86-149 or.

Daunis, A. (2021). La confusión de los delitos de odio en J. Del-Carpio-Delgado, M. Holgado (ed.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar* (223-249 or.). Aranzadi.

García, C. (2020). Agravación de la pena por razones de género en el derecho penal español en P. Benavente (ed.), *Mujeres y derechos, una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género* (319-348 or.). Marcial Pons.

Gómez, V. (2016). Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 1-25 or.

Gordon, B. (2020). La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿un salto hacia lo desconocido?. *UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología*, (24), 90-159 or.

Landa, J.M. (2018). *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4 CP 1995*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Laurenzo, P. (2021). La categoría de delitos de odio como fuente de expansión penal en J. Del-Carpio-Delgado, M. Holgado (ed.), *Delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar* (197-222 or.). Aranzadi.

López de Zubiría, S. (2020). La nueva agravante de discriminación por razones de género en S. López de Zubiría (ed.), *El tratamiento de la violencia de género desde la perspectiva criminológica* (108-116 or.). Wolters Kluwer.

Mántaras, M.A. (2020). *El derecho penal como instrumento prima ratio de exclusión social*. Trabajo de investigación, derecho penal y criminología.

Maqueda, M.L. (2016). Sección de estudios penales. El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015. *Cuadernos de política criminal*, (118), 5-42 or.

Marín de Espinosa Ceballos, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (20), 1-20 or.

Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general, 8ª edición*. Barcelona. Editorial Reppertor.

Muñoz, F. García, M. (2010). *Derecho penal, parte general, 8ª edición, revisada y puesta al día*. Valencia. Tirant lo blanch.

Orejón, N. (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. (Doktorego tesia). Universitat de València, Facultad de derecho, España.

Rodríguez, A. (2015). Positivización de los derechos humanos en *Origen, evolución y positivización de los derechos humanos. Colección CNDH* (48-73 or.).

Seoane, M.J., Olaizola, I. (2019). Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4 CP). *Estudios penales y criminológicos*, (39), 455-490 or.

Serrano, J. (2017). La nueva agravante de género. *Revista, foro FICP*, (2017-2), 598-616 or.

Villacampa, C. (2018). *Política criminal española en violencia de género. Valoración crítica*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Jurisprudentzia

Konstituzio Auzitegiaren 59/2008 Epaia, 2008ko maiatzaren 14koa.

Auzitegi Gorenaren 697/2017 Epaia, 2017ko urriaren 25koa.

Auzitegi Gorenaren 420/2018 Epaia, 2018ko irailaren 25koa.

Auzitegi Gorenaren 565/2018 Epaia, 2018ko azaroaren 19koa.

Auzitegi Gorenaren 571/2020 Epaia, 2020ko azaroaren 3koa.

Auzitegi Gorenaren 444/2020 Epaia, 2020ko irailaren 14koa.

Auzitegi Gorenaren 59/2021 Epaia, 2021eko urtarrilaren 27koa.

Auzitegi Gorenaren 114/2021 Epaia, 2021eko otsailaren 11koa.

Auzitegi Gorenaren 66/2022 Epaia, 2022ko urtarrilaren 27koa.

Valentziako Justizia Auzitegi Nagusiko 72/2018 Epaia, 2018ko ekainaren 29koa.

Legeria

Europako Kontseiluko 2011ko maiatzaren 11ko Istanbulerako Hitzarmena, emakumearen aurkako diskriminazio mota guztiak desagerraraztekoa.

Espainiako 1978. urteko Konstituzioa.

10/1995 Lege Organikoa, 1995eko azaroaren 23koa, Zigor Kodearena.

1/2004 Lege Organikoa, 2004ko abenduaren 28koa, genero indarkeriaren aurkako babes osorako neurrien ingurukoa.

1/2015 Lege Organikoa, 2015eko martxoaren 30koa, Zigor Kodea erreformatzen duena.

4/2015 Legea, 2015eko apirilaren 27koa, delituaren biktimaren Estatutuarena.

Bestelako iturriak

Emakunderen terminoen glosarioa.