

## EGUZKILORE

Número Extraordinario 10.

San Sebastián

Octubre 1997

249 - 273

## SEXU ASKATASUNAREN KONTRAKO DELITUAK

Reyes GOENAGA OLAIZOLA

*Magistratuak**Kriminologiaren Euskal Institutoaren irakaslea*

**Laburpena:** Kode penal berriak aldaketa ekarri du delitu sexualetan babestu behar den ondasun juridikoaren kontzeptuan, orain ez baita “emakumezkoaren duintasuna”, pertsonaren “sexu askatasuna” baino. Honek beste tipologia bat eragin du delitu horri dagokionez, sexu askatasunaren kontrako eraso izatean oinarritzen baita, zenbait areagotze gehiagorekin eta aspaldiko zenbait termino baztertuz, “bor-txaketa” eta “estuproa” esate baterako.

**Resumen:** El nuevo Código Penal ha traído consigo un cambio en el concepto del bien jurídico que ha de protegerse en los delitos sexuales, que no es ya “la honestidad de la mujer” sino “la libertad sexual” de la persona. Esto ha provocado una nueva tipología del delito en cuestión, basada en el atentado contra la libertad sexual con la introducción de una serie de agravaciones, desechando antiguos términos como violación o estupro.

**Summary:** The new Penal Code has entailed a change in the concept of the judicial asset which must protect itself in sexual offenses, which is no longer “a woman’s chastity”, but rather “the sexual freedom” of the person. This has provoked a new typology of the offense in question, based on the attempt against sexual freedom with the introduction of a series of aggravating circumstances, discarding old terms such as violation or raping of a minor.

**Résumé:** Le nouveau Code Pénal a entraîné un changement dans le concept du bien juridique qui doit se protéger dans les délits sexuels, on ne parle plus de “la décence de la femme” mais de “la liberté sexuelle” de la personne. Ceci a provoqué une nouvelle typologie du délit en question, fondée sur l’atteinte à la liberté sexuelle tout en introduisant une série d’aggravations, bannissant ainsi des termes anciens comme viol ou stupre.

**Auszug:** Das neue Strafgesetzbuch hat eine Änderung in der Meinung der rechtsgelehrte verursacht, der sich gegen Sexualitätsverbrechen beschützen muß, was nicht mehr “die ehrbarkeit der frau” ist sondern “die Sexualitätsfreiheit” der Person. Das hat das Verbrechen eine neue Dimension gegeben, basiert auf den attentat gegen die Sexualitätsfreiheit und mit der Introdution einer Serie Erschwerungen, alte Ausdrücke wie Schändung oder Notzucht wegwerfent.

Jakina denez, Kode Penaleko azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoak, sexu askatasunaren kontrako delituei buruzko arautze berria ekarri du. Kodeari dagokion Arrazoiaren Azalpenak hauxe dio: “helburua, mota penalak ondasun juridiko babes-tuari egokitzea da. Ondasun juridiko hori ez da, historikoki izan den legez, ema-kumearen duintasuna babestea, guztion sexu askatasuna babestea baino”.

Edozein modutan ere, babestutako ondasun juridikoari buruzko ikuskera aldatze hori Kode Penalaren 1989ko ekainaren 21eko eraberritzeari zor zaio. Eraberritze horretan IX. tituluaren idazpurua aldatu zen, duintasunaren kontrako delituei zegokien terminologia zaharra baztertu.

Eta, hala 1989ko eraberritze hura, nola mintzagai dugun hau, laurogeiko hamarkadaren hasieran sortutako kezka doktrinala orokorrari erantzuten diote. Izan ere, kezka horrek, Kodeak duintasuna ondasun juridikotzat babestea baztertu beharra agertzen zuen. Zuzenbide penala eremu horretan eraberritzea eskatzen zen, sexu askatasuna pertsonaren ondasun juridiko indibidualtzat babes zedin<sup>1</sup>.

Ikuspegi aldatze horren bidez tresna zigortzailea laikotu nahi zuten, 1978ko Konstituzioaren balioen arabera, baita, orduan nagusi zen sexu-moralaren kontzeptua baztertu ere. Moral hori, tipo penaletan isladatu zen interes hauexek babestuz: fami-liakoak, ezkontzakoak stricto sensu, edo ezkontza asmokoak<sup>2</sup>.

Horrela bada, Kodearen 178. artikulutik 194.era *sexu askatasuna* da, argi eta garbi, *babesten den ondasun juridikoa*. Horren bidez, *pertsonaren askatasunaren eremuari* dagokion objektu juridiko babesle baten aurrean gaudela aditzera eman nahi dugu. Eta objektu horren funtsezko edukia egungo edo geroko sexu autode-terminazio gaitasunak dira. Horrek honako ondorio hauek dakartza: helduei dago-kienez, tipo penalen orientazioak sexu aukera oztopatzen duten jokabideak zigortu nahi ditu, eta adin txikikoei dago-kienez, tipo penalak oinarritzko baldintzak zaintzeko orientaturik daude etorkizunean sexuaren eremuan nortasunaren garapen librea lor dezaten<sup>3</sup>.

Delitu sexualak arautzeari buruzko alderdi berri nagusienak Tituluaren lehenengo hiru kapituluetan daude eta jokabideen arabera mailakatzeko antzeko zerbait ezarri da. Hori dela eta, hauexek kontuan hartu dira: lehenengo eta behin indarkeriaz edo beldurrarraziz sexu askatasunaren kontrako erasoak (eraso sexualak), ondoren iza-era horretako arazoak, indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe baina onespenik gabe (sexu abusuak), eta azkenik, nagusitasun egoeraz baliaturik mesede sexualak eskatzea (jazarpen sexuala).

Kodearen Arrazoiaren Azalpena, erabiltzen diren zigor tekniken alderdi berriei buruzkoa da, eta hauxe dio: “kasu horretan, tradizioetik aldentzeak bete-betean asmatzea dirudi”. Esaldi honek komentarista batzuen kritikak eragin ditu. Haien iri-

1. DIEZ RIPOLLES: *EL Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. 1981. 260. or.

2. eta 3. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Ed. Aranzadi. 1996. 872. or.

tziz, inongo beharrik gabe marko legala zailtzea eta gizartean ondo sustraiturik dagoen terminologia argia eta zehatza (bortxaketa, estuproa) baztertzea ekarri dute<sup>4</sup>.

Nire ustez, ordea, Kodearen sistematikak kontzeptuak erraztu eta argitzen ditu. Abiapuntua jokabidearen oinarritzko kontzeptua da, sexu askatasunaren kontrako eraso, (kasu batean indarkeriaz edo beldurraraziz eta bestean ez, baina onespenik gabe). Agertzen diren alderdi berriak zenbait larriagotze dira, izan ere, berauek biktimaren borondatea deusezten duten baliabideen kualitatea edo larritasuna kontuan hartzen dute. Horrela, adin txikikoak edo gaixotasun mentalak dituzten pertsonak haragiz barneratzeak ez dakar halaberharrez modurik larriena, hau da, eraso sexuala (lehen, bortxaketa). Azkenean emango den kalifikaziorako (erasoa edo abusua) kontuan hartuko dena, erabilitako bidea indarkeriazkoa edo beldurrarazizkoa den edo ez izango da.

Edozein modutan ere, azalpen honetan adieraziko dugunez, sistematika horrek kasuren batean (sexu abusuetan, adibidez) eduki gutxiko tipoak egitera bultzatzen gaitu, eta praktikan iruditzekeo zailak direnak (“biltze mota”, zenbait autoreren esanetan).

Bortxaketa edo estupro kategoria tradizionalak alde batera uzteari dagokionez hauxe esan dezakegu: kategoria horiek ardura sistematikoari erantzuten diote, baina ezin ahanztu dezakegu ere, “emakume bortxatua” terminoak ikuspuntu biktimologikotik dakartzan biktimizazio prozesuak salatu zirela. Eta ildo horretatik, aldaketak jurisprudentziari dagokionez kontzeptuak berriz zehaztea eskatzen duen arren, aldeko inpresioa sortzen duela esan dezakegu.

Ondoren tipo penal desberdinak aztertuko ditugu, gure ikuspuntutik interesgarrienak izan daitezkeen puntuak azpimarratuz.

## 1. ERASO SEXUALAK

Jokabide hau Kodearen 178., 179. eta 180. artikuluetan araututa dago, eta guztiek *sexu eraso* kontzeptuaren ingurukoak dira. Estatuko Fiskaltza Orokorraren 2/90 zirkularraren arabera, sexu eraso, beste norbaiten sexu askatasunari eginitako edozein eraso da, ohiko egoeretan indarkeria edo zuhurkeriaren bidez ekintza edo jokabideak oztopatuz.

### a) Oinarritzko tipoa

*178. artikulua, indarkeriaz edo beldurraraziz beste pertsona baten sexu askatasunari eraso egiten diona zigortzen du.*

---

4. ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras críticas” *La Ley* aldizkaria. 4044 zk. 4. or.

Zentzu honetan ere: OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. *Actualidad Penal* aldizkaria. 32. zk.

Delituak, KP indargabetuaren (abuso nabarrak izeneko delitu zaharra) 430. artikuluko zaharretik elementu batzuk hartu ditu. Hura baino zabalagoa da, ekintza ez baita eraso sexualean oinarritzen. Delitu zaharraren arabera, delitua egoteko subjektu aktiboaren eta pasiboaren gorputzek elkar ukitu behar zuten. Berrian aldiz, deliturako dinamika desberdinak egongo lirатеke, beti, beste baten sexu askatasunari erasotzean, eta indarkeriaz edo beldurraraziz izatean. Horrela, beste jokabide batzuk ere kontuan hartu dira, esaterako: *norbaitek beste bat beraren gorputzean ukitze sexualak egitera behartzea*. Izan ere, jokabide hori 430. artikuluko “erasotzat” zehazten duenetik kanpo zegoen.

Hala eta guztiz ere, “*sexu askatasunaren kontrako eraso*” adierazpena hain zabala izate kritikagarria izan daiteke, zigortu nahi den jokabideari dagokionez zehaztasunik eza dakar eta. Hori dela eta, zenbait autorek 178. artikuluko sexu askatasunaren jarduera bera galaraztea hobendatu lekiokoen planteatu dute, adibidez: beste pertsona helduen artean (indarkeriaz edo beldurraraziz izatean) edo aitaren jokabidea, seme adin nagusikoa bainugelana masturbatzen ezustean hartu eta mehatxuz haren jarduera uztera behartzean. Hori eman zaion erantzuna berehalakoa izan da (Lopez Garrido, Garcia Aran, Fermin Morales...), planteamendu horrek tipo penalaren interpretazio zabalegia ekarriko luke, eta baztertu egin behar da kapituluaren artikuluen multzotik ateratako argudio teologiko eta sistematikoengatik. Horregatik guztiagatik, hauxe esaten da<sup>5</sup>, definizioak “jokabide sexual” bat materialki egiaztatzea eskatzen du eta jokabide horrek asmo haragikoi eta likitsa asetzeko edo, behar bada pizteko balio du.

Horrela, alderdi teorikoari dagokionez behintzat, konponduta geratuko litzateke, eta badirudi sen onak berak ere (arau penalak interpretatzeko baliagarria izan beharko lukeena) horrelako konponbideak eskatzen dituela. Izan ere, jarri ditugun adibideak irakurtzearekin bakarrik, jokabide horiek sexu askatasunaren kontrako delitutzat zigortzea gehiegizkoa izango litzateke (lehenengo kasuan, agian, koakzio delitu baten aurrean geundeke ekintzaren ingurukoan eta larritasunaren arabera). Arazoa hauxe da: praktikan, 178. artikuluko jokabideari buruz dakarren bezalako indeterminazioak jardunbide penalak ekar ditzake deliturako dinamika anitzaren ondorioz. Horrek arriskuan jartzen du arau penaletan zuzendu beharreko gutxieneko eskuhartzearen printzipioa, eta edozein modutan ere, Jurisprudentziaren zeregin mugatzailearen beharra eskatuko du.

Oinarritzko eraso sexualen *subjektu aktiboa eta pasiboa* edozein izan daiteke, emakumea edo gizasemea, beti ere, honako ideia nagusi honen arabera: babesten duen ondasun juridikoa sexu askatasuna, eta jokabidea, eta haren kontrako erasoak dira. Hori dela eta, doktrina eta jurisprudentzia, sententzia askoren bidez (berrietakoak, 1992ko irailaren 23koa, edo 1994 martxoaren 29koa) zehaztu egin dute duintasun edo nahaskeria handia edo txikia izateak, edo biktimaren ohitura sexualak, ez dutela garrantzirik. Izan ere, gai horren ingurukoak eraso sexualak edo prostituten biolazioak direla eta planteatu ziren.

178. artikuluan tipo penal hau zehazten duen elementua, eta 180. artikuluan ezartzen den sexu erasotik bereizten duena, *indarkeria edo beldurraraztea* da.

---

5. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 876 orr.

Kodeak, 429. artikulua zaharrak aipatzen zuen “indarra” kontzeptua “indarkeria” hitzarekin ordeztu duela aipatu behar da. Izan ere, oraingoan biktimaren gorputzean egindako *vis fisikotzat* hartuko da.

Bestetik alde batetik, indarraren kontzeptua biktimaren erresistentziari lotuta dagoela esan ohi da (bortxatzea erresistentzia gainditzean gertatzen da eta), eta orain, *indarkeria* terminoaren bidez, aski izango da subjektu pasiboaren borondatea azpiratzeko nahikoa indarkeria gertatu zela adieraztearekin<sup>6</sup>. Nolanahi ere, abiapuntuak subjektu pasiboaren baimenik eza izan beharko du beti, eta horren bidez, eta prozesuaren jardunean, erresistentziari buruzko gaia behin eta berriro agertuko da baimenik eza ziurtatzeko modu gisa.

Edozein modutan ere, puntu honetan jurisprudentziak bilakabide nabarmena izan duela oroitarazi beharra dago, eta horrela, 1995eko maiatzaren 16an jurisprudentzia aldaketa horri buruz Auzitegi Gorenak emandako sententzia aipa genezake: “Bortxaketan benetan interesgarria dena, ikuspuntu jurudikotik, honakoei buruz jakitea da: bortxatzailearen erabaki sendoaz eta, eraso fisiko edo moralean erabili dituen baliabidez. Subjektu pasiboak agertzen duen erresistentziari dagokionez, gaur egun baztertu egin da lehengo legeriaren erresistentzia hura erabakiorra eta ia heroi-koa izatea, nahikoa da erresistentzia serioa izatea, geroago zentzuzkotzat definitu arren. Jarrera babeslearen ezaugarriak alde batera utzi dira, eraginikortasun juridikorik gabe, bizia bera ere arriskutan jar dezakete eta.”

*Beldurraraztea*, aldiz, *vis psycuicaren* edozein modu erabiltzea da. Horrek, subjektu pasiboa agentearen nahien aurrean amore ematera behartzen du: “kalte hurbil eta larria iragarri edo ohartaraztean, zuzena eta oinarritua, irainduaren babeserako baliabideak ezabatzeko gai dena, haren nahimen gaitasuna benetan eta nabarmenki nahastean” (1994ko martxoaren 25eko AGren sententzia).

## **b) Haragizko barneratzeagatik edo antzeko jokabideagatik kualifikatutako tipoa**

*179. artikulua* sei urtetik hamabi urterako zigorra ezartzen du eraso sexuala, *haragizko barneratzea, objektuak sartzeta edo ahotiko edo uzkitiko koitoa izatean*.

Manu honek 429. artikulua zaharrean bortxaketari buruz agertzen ziren ohiko delituzko jokabideak hartzen ditu, eta, era berean, 430. artikuluan objektuak sartzegatik larriagotutako eraso sexualeri buruzko jokabideak.

Bortxaketa delitua, 1989ko berrikuntzaz geroztik, beste pertsona batengana-ko haragizko barneratzea zen, *barneratze* terminoak bai imaginatik, bai uzkitik edo ahotik, eta gizasemearen organo sexuala egotea eskatzen zuen, nahiz eta organo hori nahitanahiez delituaren subjektu aktiboaren egilearen organoa ez izan. Horrela, *delituaren subjektu aktiboa* gizonezkoa zein emakumezkoa izatea onartzen zen (ema-

6. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 878. orr.

kume batek, adin txikiko edo burua joana duen norbait maginatiko edo uzkitiko koitoa izatera behartzean pentsatzen zen)<sup>7</sup>.

179. artikuluaoren oraingo testuak, haragizko barneratzea eta ahotiko edo uzkitiko sartzeari bereizten ditu. Bereizte hori dela eta, autorearen batek<sup>8</sup> Kode berriak emakumea delituaren subjektu aktiboa izatetik baztertu duela adierazi du, objektuak sartzeari dagokionez izan ezik. Ematen den azalpena hauxe da: Testu legalak haragizko barneratzearen eta ahotiko edo uzkitiko sartzearen artean desberdintzen duenenean, eta batez ere sartzeari esaten duenean, gizonezkoei buruz bakarrik pentsatzen ari da, “sartzeko” gaitasun fisiologikoa beharrezkoa da eta. Eta ustezko kasu hauetan subjektu aktiboan bakarrik pentsatzen bada ere, autore hauen arabera, ez luke zentzurik izango murrizketa honi haragizko barneratzerako eustea.

Guri dagokigunez, oster, ezinezkoa zaigu murrizketa hori ulertzea. Eta bestalde, “haragizko barneratzea” eta ez “baginatiko sartzeari” terminoa erabiltzeak, jokabide hobendatuaren eta subjektu aktiboaren interpretazioa zabala ekar dezakeela pentsarazten digu. Horren ondorioz ez dugu arrazoirik ikusten bortxaketa delituak puntu horretan ekarri duen doktrina zalantzan jartzeko. Gure ustez, praktikotasunari eutsiz, ezin da ontzat eman emakumea subjektu aktiboa deneko jokabideak urriagoak direla esatea. Eta eraso horiek gertatzean ez dirudi arrazoizkoa denik, nahiz eta bakanak izan, eraso sexualaren oinarritzko tipoaz zigortzea, nabarmenki txikiagoa den penaltate batez.

Tipo kualifikatua ezartzen diren *jokabideei* dagokienez, tipoak lehenengo eta behin, *haragizko barneratzeari* buruz hitz egiten du. Termino hori maginako koito heterosexualtzat hartu beharra dago. Jurisprudentziari dagokionez, jokabide tipikoa kontsumatutzat jo dadin, gizonezkoaren eta emakumezkoaren arteko kontaktua norainokoa izan behar duen zehaztu behar da. Alde batetik, *coniunctio membrorum*arekin nahiko dela adierazi izan da. Izan ere, jokabide horrek gizasemearen organo genitala eta maginaren arteko kontaktu zuzena eskatzen du. Eta beste alde batetik, beste sententzia batzuetan, emakumearen maginean gutxieneko sartzeari eskatu izan da.

Eman diren sententzien artean 1995eko ekainaren 15ekoa eredutzat har genezake, Auzitegi Gorenaren tesi egungoenak laburbiltzen ditu eta: “Oraindik ere iritzi kontrajarriak ekar ditzakeen testuinguru batean bortxaketa kontsumatutzat joko da kanpoko organo genitalari dagokien atariko koitoa izeneko kasuetan. Honek, emakumearen barrunbe genitalean egiten den edozein sartzeari delitua dela adierazi nahi du, majus eta minus ezpainek maginarekin batera unitate bakarra osatzen dute eta.” Era berean, 1995eko ekainaren 20ko sententziak hauxe dio: “himenak mugatzen duen atari alde igaro ez arren, emakumearen sexu askatasunaren kontrako eraso da ondorio guztietarako... eta edozein kasutan ere, kaltea eragin edo iraindu egiten du emakumearen ukiezintasun sexuala eta intimitatea.”

---

7. Halaxe adierazten du MUÑOZ CONDEK berak idatzitako *Manual de Derecho Penalean*. Atal berezia. 10. argitarapena. 419. or. BAJO FERNANDEZek *Derecho Penalean*, aldiz, ez du horrelakorik egiten. Atal berezia. 1995. 203. or. Subjektu pasiboa gizasemea denean, bortxaketa ez den, eta pareko larritasuna duen beste pretzeptu bat sortzearen alde agertzen da .

8. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 879. or.

Tipo kualifikatua ezartzen diren beste jokabideei dagokienez, *ahotiko edo uzkitiko barneratzeari* dagokionez, lehentxoago esan dugunez jokabide horretarako beharrezkotzat jotzen da subjektu aktiboaren gaitasun fisiologikoa. Horrek subjektua beti gizonetzkoa izango dela suposatzen garamatza. Horrela, cunnilingusa bezalako jokabideak, egilea gizonetzkoa edo emakumezkoa izanik, edo fellatioa subjektu aktiboa emakumea izatean, tipo kualifikatutik kanpokoa da, eta eraso sexualaren oinarritzko tipoaz zigortzen da. Aipatu ditugun jokabideak ahotiko barneratzeko ezarritakoekin alderatuz gero, esaterako, ez dago izaera horretako zigorrerarako alde hori justifikatzen duen arrazoia ulertzerik (kontuan hartu oinarritzko tipoak batetik lau urtera arteko zigorra duela, eta kualifikatuak, berriz, seitik hamabira artekoa).

Azkenik, *objektuak sartzeari* dagokionez, terminoaren adiera zabala denez, kontuan hartuko dugu maginatik, uzkitik edo ahotik zakila ez den edozein gauza edo objektu sartzeari, subjektu pasiboaren (gizonetzkoa zein emakumezkoa) sexu askatasunaren kontrako eraso izatean. Edozein modutan ere, normalean eszitazio sexualerako, edo nolabait zakila ordeztzen duten objektuak izango dira<sup>9</sup>.

Jokabide hauen artean ahotik objektuak sartzeari interpretazio arazoak dakarza. Izan ere, autore batzuentzat (Orts) objektuak aipatutako bideetatik sartzeari jokabide tipikotzat hartu behar da, baldin eta asmo haragikoi eta likitsa badago. Beste autore batzuentzat (Morales Prats) tresna sartzeari batera ekintzari sexu erasoaren dimentsioa objektiboki erasten dioten jokabideak egon behar dira.

Azken autore horiek, biktimak objektu bat xurgatzen duen bitartean masturbatzera behartua izaten deneko adibidea jartzen dute. Egoera honetan aipatutako jokabideak tipo kualifikatua beteko luke. Kontrako adibidetzat, helburua beldurraztea izanik eta eraso sexualaren testuinguruan errebolbera edo arma zuria ahoan sartzeari aipatzen da. Kasu hori ez dator bat 179. artikuluaen tipo kualifikatuekin.

### **c) 180. artikuluariko dagozkion larriagotutako figurak**

Aginduak larriagotze figura batzuk ditu, berauek 178. artikuluaen oinarritzko tipoan zein 179. artikuluaen tipo kualifikatua ezartzen dira. Aipatzen diren zigorrak hauexek dira: lau urtetik hamarrera 178. artikuluko erasoentzat, eta hamabitik hamabost urtera 179. artikulukoentzat. Egoerak hauexek dira:

– *Eragindako indarkeriak edo beldurrarazteak aparteko izaera degradatzaile eta iraingarria izatean.* Lehenengo eta behin, hauxe argitu behar da: eraso sexualak dakarren izaera degradatzaile edo iraingarria indarkeriazko edo beldurrarazteko inguruari buruzkoa da, ez eraso sexualari berari buruzkoa. Azken hau, izan ere, biktimarentzat degradatzailea eta iraingarria da. Arrazoi horrexengatik, zaila da larriagotze horren edukia jakitea. Jurisprudentiaren betebeharra izango da eragindako indarkeriari “izaera bereziki degradatzailea” den horri eduki zehatza ematea, azaletik behintzat ez baitago ondo zehaztua. Hemen Bajo Fernandezek iritzia argigarria izan

9. BAJO FERNANDEZ. Op. Cit. 221. or.

daiteke. Autore horrek 430. artikuluko zaharraren bigarren paragrafoa aipatzen du (bide, modu edo tresna zakarrak, degradatzaileak edo iraingarriak), eta beronen iritziz legegileak jarduera sadomasokista jakin batzuk zuritu nahi zituen, delituari larriagotasuna kenduz.

– *Ekintzak, taldean jokatzu, hiru lagun edo gehiagoren artean egitean*. Kode Penal berria indarrean sartu baino lehen, jurisprudentziari dagokionez, partaide ugariko kasuetan, haietariko bakoitza bere eraso sexualaren egiletzat eta besteen erasoen partaidekidetzat zigortu behar zen. Bestalde, testu berriaren arabera, eta larriagotze egoera hau dela eta, hobendunaren onerako, partaideetariko bakoitza eraso delitu bakar baten erruduntzat zigortuko da.

Hala ere, egoera honek praktikan koherentzia gutxiko egoera planteatzen du gaitzesgarria bihurtuz: bi subjektu aktiboen kasuan (ez hiru, egoera honek dioenez) goian aipatutako doktrina ezarriko da. Hau da, bakoitza bere erasoaren erantzulea izango da egile gisa, eta besteari partaide gisa. Subjektu aktiboak hiru badira, ostera, haietariko bakoitzak 180,3. artikuluko honen larriagotutako delitu baten egile gisa erantzungo du. Berdintasun printzipioaren ikuspuntutik argi dago onartezina dena.

– *Adinagatik, gaixotasunagatik edo egoeragatik pertsona bereziki zaurgarria* izatean. Egoera honek zigortu egiten ditu biktimak erasotzailearengandik babesteko dituen bideak nabarmenki urriak izatea (zaurgarritasuna). Esan behar da, lehenengo, beharrezkotzat jotzen dela subjektu aktiboak zaurgarritasun egoera berezi horren jakitun egotea eta horretaz baliatzea.

Eta bigarrenaz, agindu honetan aurkitzen dugun zehaztasunik eza handia dela aipatu behar da. Kontuan hartu behar dugu Kodeak ez diola subjektu pasiboaren adinari mugarik jartzen, ez adin txikiko neska kasuan, ez zaharra izatearen kasuan. Hori dela eta, epaile bakoitzak halaberrez eta egokiro azaldu beharko du zergatik uste duen horrek biktimaren zaurgarritasunari eragiten diola. Gauza bera gertatzen da gaixotasun fisiko edo psikikoarekin, erasotuak duen babesa txikiagoa izango baita, egoera hau areagoturik agertzen da “egoeragatikoa” izenekoa. Termino horrek, ez du bat ere zehaztasunik, eta jurisprudentziak lehenbailehen eduki zehatzez betetzea nahi izango genuke.

Esan beharrik ez dago, geure iritziz zabaltasunik eta zehaztasunik ez izatea ez dela egokia larriagotze kausa batean (kausa horrek berez interpretazio murriztailea beharko luke), eta epaitegi eta auzitegietan ebazpen “anitzak” ekarriko dituela uste dugu.

– *Naturazko, adopziozko edo biktimarekiko ahaidetasunezko harremanetan, aurrekoek, ondorengoek edo neba-arrebek duten nagusitasunaz baliatuz, delitua egitean*. Baliatzea da larriagotasun honen azpian dagoen ideia, izan ere, elkarbizitzaren bidez biktimaren askatasunean aldaketak ekar ditzaketen harremanak sortzen dira. Baina, aginduaren helburua arrazoizkoa izanik, ez da tipoak eskatzen duen indarkeriazko edo beldurrarazteko jokabidearekin oso bateragarria.

Beste alde batetik, deigarria da arautzea hain zabala izatea, Kodeak ahaide zerrenda luzea aipatzen baitu (kidetasunezko ahaidetasuna ere tartean sartuz). Eta gerta daiteke beroriekin elkarbizitza harremanik ez egotea, ezta ezelango harremanik ere. Hori dela eta, Kodeak ahaidetasunaren izaera bera ere zigortzen duela uste dugu.



Iritzi horrek, legegilea aurriritzi etiko moralak alde batera uzteko gaitasunik eza ekarri du. Eta tipo larriagotu bat sortu da egilearen erru handiagoan oinarrituz eta ez ekintzaren erru handiagoan oinarrituz<sup>10</sup>.

Baina gainera, ezin uler dezakegu zein izan daitekeen 180,4. artikulua eta egoera hori 182. artikulua baino ahaideen zerrenda luzeagoa izateko arrazoia. Lehenengo agindua bertan aipatutako ahaide batek eraso sexuala egiteari buruzkoa da, hau da, indarkeria edo beldurrarraziz. Bigarren artikulua, berriz, sexu abusuaren eremukoa da, alegia, ez indarkeriarik ez beldurrarazterik, baina ezta onespenik ere, ez dagoen egoeretakoa. Horrelakoetan baliatzeari buruzko ideiak, ahaideez ari garela, logikari eutsiz esangura handiagoa du. Kodeak, bigarren kasu honetan ahaideen zerrenda mugatzea erabaki du, kidetasunezkoa baztertuz. Nolanahi ere, ezin uler daiteke salbuespen hori egiteko arrazoia.

*Egileak, heriotza edo 149. eta 150. artikuluetan ezarritako lesioak ekar ditzaketean bide arriskutsuak erabil ditzanean.* Egoera honen bidez, eraso sexualen arriskuan plusa dakartzan bideak erabiltzea zigortu nahi da. Ez da beharrezkoa bizia edo osotasun fisikoa arriskuan jartzea, nahiko da *ondorio horietarako bideak erabiltzea*. Aipatutako ondorioak hauexek dira: heriotza, organo edo gorputzatal nagusi bat edo zentzumen bat edo beroriek erabiltzeko gaitasuna galtzea, antzutasuna, itxuragabetasun handia edo gaixotasun somatikoa edo psikikoa (149. artikulua), edo nagusia ez den organo edo gorputzatal bat edo beroriek erabiltzeko gaitasuna galtzea, edo itxura aldatzea (150. artikulua).

Arriskuaz gainera, heriotza edo lesioak bezalako ondorio zehatzak gertatuz gero, ikuspegi juridikotik konpontzeko zailak diren arazoak azaltzen dira. Izan ere, ezta baidatzen dena hauxe da: baliabide horiek eraso sexuali buruzko delitua larriagotzeko edo biziaren kontrako delitua edo lesioei dagokiena, egokiro kalifikatzeko erabilera baloratu daitekeen ala ez. Horrek egoera birritan kontuan hartzea ekarriko luke (*nos bis in idem* printzipioaren kontra joanez). Puntu honetan ere, egoera argituko duen jurisprudentziazko erabaki bat egon arte itxaron behar dugu.

180. artikulua azken paragrafoak *superlarriagotze klausula* ezartzen du aipatutako bi egoerak edo gehiago egotean. Kasu horretan zigorra erdi altuenean ezarriko litzateke. Azpimarratu behar dugu bakarrik, kritikagarria dela 179. artikuluko erasoei dagokien ustezko kasuetan zigorra hamahiru urtetik hamabostera bitartekoa izatea, horrekin giza hilketaren kasuan ezartzen den gutxieneko muga gainditzen da eta<sup>11</sup>.

## 2. SEXU ABUSUAK

Jokabide horiek Kodearen 181., 182. eta 183. artikuluetan aldeztuak diren ikuspegiak dira. Ezartzen den eskema eraso sexuali buruzkoaren antzekoa da eta oinarritzeko tipo bat arautzen du. Bertan zehazten direnak hauexek dira: jokabidea (indarkeria,

10. MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Op. Cit. 877. or.

11. OCTAVIO DE TOLEDO, "Agresión, abuso..." artikuluan. *Actualidad Penal*. 32. zk. Hala politika penalaren ikuspegitik nola politika kriminalaren ikuspegitik, aukera horri onaririk gabeta deritzo.

beldurrarazte edo onespenik eza da bere ezaugarria) eta eginiko jokabideak zehazten dituen tipo jakin batzuk, subjektu pasiboen ezaugarriak, edo zenbait egoera batera agertzea. Gorago esan dugunez, Kodea honela agertzen da, duen egitura berriaren arabera eta sexu delituen bi talde nagusietan antolatua, baina era berean ikusiko dugu antolatze horrek kritika ugari sortarazi dituela.

### a) Oinarrizko tipoa

*181,1. artikulua, indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe eta onespenik gabe*, beste pertsona baten kontra *sexu askatasunaren aurkako ekintzak egiten dituenaren jokabidea* arautzen du. Horren ostean, bigarren paragrafoan, legegileak ustezko egoera bi aipatzen ditu legearen arabera ekintza sexuala ez onetsizat jotzekohamabi urtetik beherako neskena edo senik gabeko pertsonena). Eta bie zigor desberdina ematen die, eta engainuzko abusu sexualaren kasua 183. artikuluan berariaz ezarrita dago. Oinarrizko tipo honen edukia eskusio bidez egin behar da.

Egia esan, zaila da eredu horri erantzuten dioten egoerak aurkitzea. Ustezko kasu hau besterik ez zaigu bururatsen: *ustekabea* eta toki publiko batean jende ugari dagoelarik, egoeraz baliatuz biktimari genitaletan, eta asmo haragikoiez, ukitzeren bat egitean. Egoera honen aurrean zalantza bat azaldu zaigu, ez dakigu horrelako jokabideei delituei bezala, erantzun penala eman behar ote zaien, eta horrela hutsen eremuan barruan sartu.

Era berean, geure buruari galdetzen diogu zenbaitetan hain egoera arinak izanik merezi ote duen mekanismo judiziala martxan jartzea, eta era berean, eta horrek biktimari ekarriko dizkion eragozpen amaigabeak. Hori dela eta, arautze honetan agindu lar izateak (eta horrela oinarrizko tipo hauek sortzeak) ez dirudi oso egokia denik.

Kodeak, ondoren, ex lege, ez onetsitakotzat jotzen dituen abusu sexualak aipatzen ditu. Beroriek honako hauei eragindakoak izango dira:

– *hamabi urtetik beherako adin txikikoei*. Onespenik ezari buruzko legezko presuntzioa agertzen da, adin txikikoaren jokabidea zein den kontuan hartu gabe, hau da, adin txikikoak ukitze sexuala eragin badu ere. Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia finkatuaren arabera, adina zenbatzeko irizpidea biologikoa da eta biktimaren heldutasunaren inguruko gorabeherek ez dute garrantzirik izango (1992ko otsailaren 7ko sententzia, besteak beste).

– *senik gabeko pertsoneri edo euren arazo mentalaz abusatuz*. 1985eko abenduaren 20ko sententziaren arabera, sena galtzeari buruzko ustezko kasuak hauexek dira: konortea galdu duen emakumea, baina ez zorabiatu dena bakarrik, baita hipnotizatuta, anestesiatuta, narkotizatuta eta sorgokariaren eraginpean nortasuna galdurik, edo hordirik dagoenarena ere. Gure iritziz loak harturik dagoen emakumearen ustezko kasuari ere ezar dakioke. Hala ere, AGk 1986ko uztaiaren 15eko sententzian, bortxaketa deliturako gaitzetsi zuen. Baina gure ustez kasu horretan sexu abusua oinarrizko jokabidean ezarri daiteke. Era berean, 1992ko azaroaren 22ko sententzia ere azpimarratu behar da. Beronen arabera ez da beharrezkotzat jotzen delituaren subjektu aktiboa sena galtzea eragin duena izatea, nahikoa izango da egoera horretaz baliatzearekin.

*Arazo mentalaz abusatzeari* dagokionez, honakoa, biktimaren nahaste psikikoak sortzen duen egoeraz baliatzeari buruzkoa da. Nahaste psikiko horren ondorioz, biktima ez da ekintzaren garrantzia eta esanahia ulertzeko gauza. Jurisprudentziak puntu honetan nahaste mentaleko egoera izatearekin nahikoa ez dela zehaztu du, egoeraz “abusatu” egin behar da (1994ko otsailaren 24ko sententzia, besteak beste).

Beste ikuspegi batetik, 1992ko abenduaren 10eko sententziak agerian uzten duen arazo bat, alegia, sexualitatearen eremuan *kordegabeko pertsonen autode-terminazioarako gaitasunaz*. Sententziaren esanetan, “legegileak gaitzesgarriak diren muturreko bi egoeren arteko oreka aurkitu nahi du: batetik, kordegabeko norbaitek egozgarritasun normala dutenekin sexu harremanak edukitzeko aukerarik ez izatea, hala gertatuz gero delitua egongo litzateke eta; bestetik, edozein pertsona normaltasun psikiko ezazko egoera horretaz baliatu ahal izatea, jokabide horrengatik inolako zigorrik hartu gabe. Izan ere, erraz ahaztu daiteke gabetasun hori dutenek merezi duten babes. Babes horrek, gaixo hauen askatasun eremu mugatua egikaritzea ahalbidetzen du, duten patologiaren barruan euren nortasuna errespetatuz”.

## **b) Nagusitasun egoeraz baliatuz eginiko sexu abusua**

KPren 181,3. artikulua ustezko egoera batzuk aipatzen ditu, berauetan *errududuna, duen nagusitasun nabarmenaz baliatzen da biktimaren askatasuna mugatzeko eta azkenean haren onospena lortzeko*.

Tipo penal honetan, Kode zaharrak 434. artikuluan nagusitasun egoerazko estuprotozat jotzen zituen jokabideak daude. Oinarrian onespene baten bidez mesede sexualak lortzean datza, hau da, nagusitasun egoera batek eraginda. Nagusitasun hori ekar dezaketen egoerak ugariak izan daitezke, senitartekoa edo elkarbizitazkoa (93-3-8ko AGS), ekonomi menpekotasuneko (93-2-8ko S), edo adinari dagokionez subjektu aktiboa eta biktimaren arteko aldea nabarmena denekoa (90-1-24ko S).

Oraintsuko jurisprudenzia aipatu den arren, azpimarratzekoa da hura guztia, lehengo Kodeak zekarren nagusitasun egoerazko estuprotoari buruzkoa zela. Kodeak nagusitasun baldintzari buruzko aipamen luzea ematen zuen, baina gaur egun testu penalak nagusitasun egoera hori “nabarmena” izatea eskatzen du, hori dela eta, beharbada tipoaren barruan dauden jokabideak mugaturik ikusiko ditugu.

Agindu honi egin ahal zaion *kritikarik* argiena 181. artikuluan ezartzen diren gainontzeko jokabideen aldean, nagusikeriazko jokabidea *kontsiderazio pribilegiatutzat* jotzea izan da. Gorago esan dugunez, agindu honetan indarkeriarik gabe eta beldurrarazi gabe, baina onspenik gabe, sexu askatasunaren kontrako ustezko erasoak arautzen dira. Horrela, oinarritzko jokabideari, “ezustean” eginiko sexu abusuetarako zen hari, hamabitik hogeitalau hilabetera bitarteko zigorra ezartzen zaio. Harritzekoa da Kodeak, hirugarren paragrafoan, nagusitasun egoeraz baliatuz eginiko abusu sexualak arautzea eta zigor txikia ematea: seitik hamabi hilabetera bitarteko zigorra. Inongo zalantzarik gabe azken jokabide horrek erantzun penala handiagoa merezi izango luke, eta horrexegatik ez da tratamendu hori prilibegiatutzat jotzen.

Eta are gutxiago ulertzen da, alde batetik Kodeak nagusitasunezko abusuari buruz egiten duen erabilera, eta bestetik iruzurrezko edo engainuzko abusua (183. art) kontuan hartuz gero. Bi modalitateok sexu askatasunaren kontrako larriagotasun txikiagoko jokabideetan gerta daitezke: esaterako, haragizko barneratzea, objektuak sartzea... Orduan, lehenengo kasuan, hau da, sexu askatasunaren kontrako kasuetan, berauek larritasun txikikoak badira, Kodeak *iruzurrezko abusuari zigor handiagoa ematen dio* (183. art.). Bestalde, haragizko barneratzeko jokabide larrietan, nagusitasunezko abusuari ematen dion ustezko zigorra handiagoa da (182. art.). Ez dakigu, ordea, bereizketa hori egiteko arrazoiak.

### **c) Haragizko barneratzeak edo antzeko jokabideak kualifikatutako tipoa**

Hemen sexu abusuei buruzko jokabideak arautzen dira, bai oinarrizko tipoa zehaztutakoak (indarkeriarik gabe edo beldurrarazi gabe eginikoak baina onespenik gabekoak), baina tipoa sexu ekintza egiaztatuz jotzen dituen, hau da, ekintza hori *haragizko barneratzea edo ahotiko edo uzkitiko sartzea* izateagatik. Kontuan hartu beharrekoak dira era berean, sexu ekintza mota horiei buruz egin diren hausnarketak.

Oraingoan, berriz ere, tipo penal horren *hondar-edukiari* buruzko gaia dugu mahai gainean. Izan ere, egitura berri horrek, edo Kodeak sexu delituetan sartzen duen ordena berriak sortu du tipo penal hori. Lehentxoago esan dugunez, zaila zen ez onetsitako sexu askatasunaren kontrako erasoetan pentsatzea berorietan indarkeriarik edo beldurrarazterik ez bazegoen. Hori dela eta, ezusteko erasoei buruzko kasuetara mugatu zen. Guztiarekin ere, are zailagoa egingo zaigu horrelako jokabide sexuala burutik igarotzea, sexu jokabidea haragizko barneratzea, objektuak sartzea, edo ahotiko edo uzkitiko barneratzea denean.

Ekintzaren ezaugarri berengatik baztertu beharra dago, neure iritziz behintzat, horrelako jokabideak ezustean gertatu ahal izatea. Arrazoi horrengatik eduki mugatuarekin topo egiten dugu. Autoreren batek<sup>12</sup> honako kasuan ezargarri ikusten du: eragozpen fisiko batengatik (paraplegia, esaterako) biktimak mugitzerik ez duenean eta beronek onespenik eman gabe norbaitek haragizko barneratzea egitean; baina, indarkeria erabili edo beldurrarazi gabe, izan ere, biktimaren minusbaliotasuna dela-eta ez dira beharrezkoak berorren erresistentziarik eza gainditzeko.

Bestalde, tipo penalak, penari dagokionez onespenik gabeko ustezko kasuak bereizten ditu, berauetan adierazitako kasuez gainera, *ope legis* onespenik gabekoak kontuan hartu beharko liriateke (hamabi urtetik beherako edo kordegabeko pertsona edo arazo mentalaz abusatuz, *nagusitasunezko abusuari* loturiko ustezko kasu horietatik, gorago, 181,3. artikuluari buruz hitz egitean, aipatu dugu.

Kodearen 182. artikulua bigarren paragrafoan *larriagotutako figura* bi agertzen dira:

---

12. MORALES PRATS. Op. Cit. 895. or.

- Naturazko, adopziozko edo biktimarekiko ahaidetasunezko harremanetan, aurrekoek, ondorengoek edo neba-arrebek duten nagusitasunaz baliatuz, delitua egitean.
- Adinagatik, gaixotasunagatik edo egoeragatik pertsona bereziki zaurgarria izatean.

182. artikulua atal honetan zenbait zalantza agertzen zaigu. Lehenengo zalantzak *izaera sistematikoa* du. Izan ere, zaila da, abusu sexualak haragizko barneratzea edo objektuak sartzea direnean, legegilea larriagotasun horiek mantentzera behartu duten arrazoiak zeintzuk izan diren ulertzea. Eta beste alde batetik, sexu abuzuko jokabide arinagoak izatean ez ditu larriagotasun hauek kontuan hartzen. Azpimarratu ere, artikulua honetan ideia hori azpimarratu egin dugu Kodeak sistematika antolatua duela esatean. Sistematika horrek tipo bortxatuak edo hondarrekoak edukitzea dakar. Hala eta guztiz ere, jokabide larriagotu horietan azaleko arrazoirik gabe, sistema hori errespetatzeari utzi dio. Eta horrek koherentzia faltaren itxura ematen du.

Modu larriagotuak irakurtzeak dakarren beste irakurketa bat praktikan beroriek ezartzeko modua da, aurreikusitakotzat jo daitezkeen egoerak agertzen dituzte eta. Testu penalak, ahaidetasuna dela eta, larriagotzeari buruzkoa denean, jokabide jakin batzuk aipatzen ditu. Jokabide horiek Jurisprudentziak sarritan nagusitasunezko sexu abusuen eratzailatzat hartu izan ditu nagusitasun harremanetzat baino. Jokabide hori 182. artikulua lehenengo paragrafoan berariaz ezartzen da. Hau da, aita-alaben arteko haragizko barneratzea moduko sexu abusuren bat gertatuz gero, nagusitasunezko abusu baten aurrean gaude. Jokabide horri dagokion zigorra 182.1. artikulua ezartzen duena da, baina hurrengo paragrafoa kontuan hartuz gero kasu horretan zigorra erdi altuenean ezarriko litzateke. Hori kontuan harturik, zenbait autore, nagusitasunezko harreman hutsetik kanpo, ahaidetasunak berariaz larriagotzea dakarrela esatera iritsi dira. Horretarako kontuan hartu izan diren arrazoiak ez dira izan tipo penal hauen guztien atzean dagoen ondasun juridikoa babestekoak, sexu askatasuna, alegia, orain honetan elementu berri bat agertzen da “famiario sexu moralari buruzko ordena”ren babesa<sup>13</sup>.

Gauza bera gertatzen da, esate baterako, adinagatik bereziki zaurgarria den pertsonen kasuan. Jurisprudentziak nagusitasunezko abusutzat jotzen izan du (eta beraz, lehenengo paragrafoan sar daiteke, zigor txikiagoa ezarri), eta orain, berriz, berariazko larriagotasun hau ezarri beharko da.

Honekin guztiarekin, hauxe azpimarratu nahi dugu: zuzenbidea ezartzen dutenek eguneroko jardunean tipo penal hauekin topo egitean norabidea gal dezakete. Eta horri guztiari buruzko irizpide argiak finkatzeko beharrezko izango da denbora hartuko duen interpretazio lana.

#### **d) Engainuzko abusu sexualari buruzko tipo penalak**

*Engainuz jokatuz, hamabi urtetik gorako eta hamaseititik beherako pertsona helduarekin sexu abusua egingo lukeenaren jokabidea arautzen du 183. artikulua.*

---

13. Ildo horretatik BAJO FERNANDEZek bere *Manual de Derecho Penalean...*, 243. or. eta MUÑOZ CONDEK. 439. or.

Kontzeptu honek oinarrian kode zaharrak 435. eta 436. artikuluetan hartzen zuen iruzurrezko estupro tipoaren edukia eta egitura mantentzen du. Tradizioz, jurisprudentzia dela-eta engainua “ezkontzeko hitz emate faltsu”tzat hartzen zen (hala ikus daiteke 1992ko uztailaren 1eko sententzian). Hala eta guztiz ere, doktrinak engainu kontzeptua zabal kritikatu du. Eta hauxe adierazi du: adiera horren interpretazio murriztailea sexu harremanetan emakumearen betebeharren ideia konterbatzaile jakin batzuetan oinarritzen da.

Horrela, uler daiteke jurisprudentzia zaharrak (ez hain zaharra, ikusi dugunez) zeharka bada ere, ezkontza bortxatu nahi zuela, eta era berean, ezkontza legez kanpoko harreman heterosexualetarako aukera bakarra bihurtu<sup>14</sup>. Kode berria indarrean sartu aurretik hauxe esaten zen (Muñoz Condek): iruzurrezko estupro delituak eduki soziologikoa galdua zuen, eta hori dela-eta harritzekoa da arautze hori mantendu izana.

Beste modu batera esateko, helburua sexu askatasunaren ondasun juridikoa babestea bada (printzipioz VIII Tituluaren azpian dagoena) hamabi urtetik hamaseira bitarteko adinean, jokabideak bideratu ahal izango lirarteke nagusitasunezko abusuetako kasuen bitartez. Jokabide horiek, lehentxoago ikusi dugunez aurreko artikuluetan araututa daude. Baina hemen babesten dena, antza, sexu askatasuna baino, *helburuen iruzurra* da, bai aldez aurretik ezkontzeko hitza emateagatik, bai beste mota bateko egoera faltsuengatik.

Doktrina, jurisprudentzian eman zaizkion aginduarekin eta edukiarekin absolutuki eta nagusiki kritikoa izateaz gainera, tipo penal honetan sartu beharreko engainuaren kontzeptua zabaltzeko lan egin du. Batez ere, ezkontzeko hitz ematearen inguruan ideia moralizatzaileekin identifikatzerik egon ez dadin. Horrela, engainua subjektu aktiboak haragizko barneratzea lortzeko erabil dezakeen edozein iruzur-bide izango da; haragizko barneratze horrek subjektu pasiboaren borondate edo sedukzio akatsa kausalki zehaztu dezan (Muñoz Conde).

Beste ikuspegi batetik, *penologikotik*, jokabide hauei Kodean ematen zaien *tratumendu pribilegiatua* azpimarratu behar da. Hain zuzen ere, sexu abusu arinen kasuan, ezartzen den zigorra hamabi hilabetetik hogeitalaura bitartekoa da. Horrela, sexu abusuaren oinarritzko tipoari begiratzuz gero, 181,1. artikuluan, pena berbera dela ikusten dugu. Horrek, antza, ez du zentzu handirik, izan ere, 183. artikulua arautzen duen sexu abusuari beste elementu bat gehitu behar zaio, engainua alegia, eta kasu horretan erantzun penal handiagoa mereziko luke.

Tratu pribilegiatu hori deigarriagoa da tipo kualifikatuari dagokionez, hau da, abusua haragizko barneratzea, objektuak sartzeara edo ahotiko edo uzkitiko sartzeara izanez gero. Kasu horretan ezartzen den zigorra *sei hilabetetik hiru urtera* bitartekoa da, engainuzko sexu abusurako aurreikusitakoa baino askoz ere txikiagoa

---

14. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. 440. or. Ildo beretik Boix Reig-ek *El delito de estupro fraudulento Publicaciones del Instituto de Criminología de la Univ. Complutense*. 1979. 22. or. Eta DIEZ RIPOLESek ere *El Derecho Penal ante el sexo* lanean. 2. or. Izan ere, bertan lehengo Kodearen joera moralizatzaile gehiegizkoa kritikatzan du.

(182,1. artikulua), izan ere, *lau urtetik hamar urtera* bitartekoa de eta. Kasu horretan kodearentzat engainuzko sexu abusua askoz ere arinagoa da, onespenik gabe gertatzen dena baino.

### 3. SEXU JAZARPENARI BURUZKO DELITUA

*184. artikulua, norbaitek lanean duen nagusitasunaz baliatuz, irakaskuntzakoa edo antzekoa, bere buruarentzat edo beste batentzat sexu izaerazko mesedeak eskatzeari buruzkoa da, horretarako, hitzez edo isilbidez, harreman horren eremuan biktimak izan ditzakeen bidezko aukerei kaltea eragitea iragarritz.*

Tipo penal hau agertzea gauza berria da, ez baitzen ez 1994ko aurreproiektuan ez proiektuan agertu. Horren ondorioz, autore batzuen iritziz Diputatuen Kongresura eramateko arrazoiak koiunturalak eta demagogikoak izan ziren legegintza politikoari buruzkoak baino gehiago (Octavio de Toledo, Fermin Morales)<sup>15</sup>. Jokabidea, kaltea eragingo dela iragarritz izaera sexualeko mesedeak eskatzean datza. Kode Penaleko 171,1. artikuluan ezartzen diren baldintzazko mehatxuaren tipoarekin antzekotasun handia du. Izan ere, kodean bertan, delitua ez diren kalteak baldintzazko mehatxuen tipo horrekin zigortzen dira. Arrazoi horrengatik aipatutako autoreen iritziz ez zen beharrezkoa jazarpen sexualeko kasuotarako tipo berezi bat sortzea.

Hala ere, legegileak kritika horiei entzungor egin diela kontuan izanik, baldintzazko mehatxuen delitu horri buruzko gauzarik harrigarriena, tipo pribilegiatutzat jotzea da; hau da, jazarpen sexualerako aurreikusitako zigorra, antzeko egitura eta esanahia izanik, txikiagoa da (horren ondorioz, lehenago aipatu dugunez, berriz ere zigorrak ezartzean koherentziarik eza agerian agertzen zaigu).

Delituaren elementuak honako hauek dira:

– *izaera sexualeko mesedeak norbere buruarentzat edo beste batentzat eskatzea*. Jokabidea mesede sexualak eskatzean datza, eta edozein jokabide sexualerako eskaritzat ulertu beharko da. Agertzen zaigun kontzeptua zehaztugabea da eta definizio arazoak sorrarazten ditu. Beste alde batetik, legeak ez du zehazten eskari hori egiteko modua, ezta bidea ere. Edozein modutan ere, seriotasunez eta zalantzari tarterik utzi gabe eginiko eskaria izango da (une batez pentsa bedi agindu honek frogan inguruan, eta zenbait jokabide kriminalizatzeari buruz ekar ditzakeen zenbait arazo, esaterako: gaizki-ulertzeen, edo konfidantzazko harremanetako keinu hutsen muga igarotzen ez denean).

Tipo penalak ez du sexu kontaktua egon izana eskatzen, hau da, subjektu aktiboak bere helburua lortu izana. Zigortzen dena *eskaria* da. Sexu kontaktua gertatuz gero, egoeraz baliatuz, nagusitasunez, eginiko sexu abusuzko delituaren aurrean egongo ginateke, 181,3. eta 182. artikuluen arabera. Biktimaren onarpena dagoenean, legez izan ditzakeen aukerak mehatxupearan ikustean, eta hori guztia lan-harremanetan nagusitasuna, irakaskuntzakoa edo antzekoa, dagoenean azaltzen da, argi dago biktimaren borondatea biziaria eta nagusitasun egoeraz baldintzatua izan dela.

15. Jazarpen sexualari buruzko tipo berezi bat sortzearen aldeko iritziak zeuden, *El acoso sexual como delito autónomo* lanean ikus daitekeenez, José Augusto DE VEGA RUIZ. Colex. 1991.

– subjektu aktiboarekiko *nagusitasunezko lan-harremana, irakaskuntzakoa edo antzekoa*. Legegileak horrela, eremu bi mugatzen ditu: lanaren eremua eta irakaskuntzaren eremua. Izan ere, horrelako egoeretan jazarpenak ugariagoak izan dira. Hala ere, egoeren zerrenda luzeagoa izan daiteke, hori dela eta, legegileak onartu egiten du antzeko besteren bat egotea. *Antzekotasun* hori, menpekotasun hierarkiko bati buruzkoa izango da, beti ere biktimak bere burua mehatxatua egon daitekeela uste izanez gero.

Beste ikuspegi batetik, mesede sexualak norberarentzat edo beste batentzat eska daitezkeela kontuan hartuz, aginduak aipatzen duen nagusitasun harremanak eragina izan dezake bai eskari egilearengan bai mesedeen helburu den pertsonarengan. (Beste batentzat mesedeak eskatzeak, bitartekariaren edo mesede hartzailearen erantzukizun penalari buruzko aukera zabala eskaintzen du, delituan bakoitzak izan duen ezagutzaren eta eskuhartzearen arabera).

– *norbaitek, hitzez edo isilbidez, euren harremanaren eremuan biktimak izan ditzakeen bidezko aukerei kalte eragitea iragartzea*. Burura datorkigun lehenengo oztopoa “*hitzez edo isilbidez iragartzea*” adierazpenaren zabaltasuna da, izan ere, isilbidezkoa zer den zehazteak arazoak ekarriko baititu jarduera judizialean.

Bigarren oztopoa “*bidezko aukerak*” adierazpenari buruzkoa da, hau da, tipoari dagokionez beharrezkoa da iragartzen den kalteak, laneko, irakaskuntzako edo antzeko harremanean, biktimak dituen bidezko aukerekin zerikusia izatea. Edozein modutan ere, aukera horiek zeintzuk diren zehaztu, eta era berean, bidezkoak diren frogatu beharko da. Beste modu batera esateko, objektibitasunezko parametroak dauden harreman eremuetan, irakaskuntzakoa esaterako, argi geratuko da aukera horiek zeintzuk diren (azterketa gainditzea edo emaitza jakin bat lortzea). Lan eremuan, ordea, langileen aukerak neurri handi batean nagusi hierarkikoen zuhurtziaren pean egon daitezke, eta orduan egoera ez da hain argia. Lanpostua mantentzeko aukeraren kasuan, adibidez, argia da, baina horrelako egoerak alde batera utzita ez da hain argi ikusten, subjektibitatea nagusitu daiteke eta (pentsatu aukera hori oinarririk gabekoa izatea subjektuak lanpostu horretarako izan beharreko merituzko edo gaitasunezko gutxieneko baldintzak ez betetzeagatik).

#### **4. EXHIBIZIONISMO ETA PROBOKAZIO SEXUALARI BURUZKO DELITUAK**

Sexu askatasunaren kontrako delituei buruzko Tituluaren IV Kapitulu honek, oinarriari 1988ko ekainaren 9ko Lege Organikoaren egitura eta ezaugarriak mantentzen ditu. Lege haren bidez eskandalu publikoari buruzko tipo zaharrak aldatu ziren. Izan ere, tipo zaharretan sexu moralak edo moral publikoaren babesa kontzeptua agertzen zen (pudorea eta ohitura onak bezalako kontzeptuak erabiliz), berriz, onartezintzat jotzen zen doktrina gehiengan<sup>16</sup>.

---

16. MUÑOZ CONDE. Op. Cit. 446. or.



1988ko erreformaz geroztik, eta batez ere Kode berria arautu zenetik, argi dago, tipo penal hauetako *ondasun juridiko babestua*, Tituluaren beste ataletan bezala, *sexu askatasuna* dena. Ildo horretatik, Diez Ripollesek 1982an hauxe zioen: “zuzenbide penala elkarbizitzarako funtsezko hipotesiak babestera mugatuko da, eta horren ondorioz, jokabide sexuala gizarte instantzia koaktiboak eskuhar-tzen duen eremua da, batez ere askatasunaren kontrako erasoei dagozkien alderdietan”.

Exhibizio eta probokazio jokabideok zigorgarri bihurtzen dituena, autore honen arabera, honako hau da: subjektu pasiboa, beronen onarpenik gabe, sexu ekintza batean nahastu egiten dute, sexu testuinguru batean sartzen dute zeregin bat bete dezan alde zurretik egoera hori onartu gabe<sup>17</sup>.

Kapituluan ezartzen diren *jokabideak* hauek dira:

a) 185. artikulua zigorra ezartzen du *adin txikiko edo ezinduen aurrean exhibizio lizuneko ekintzak egiten dituztenentzat edo beste batzuei eginarazten dizkietenentzat*. Kodeak dakarren berrikuntzarik nabarmenena hamasei urtetik gorakoen aurrean, berauen onespenerik gabe, eginiko exhibizioko jokabidea kentzea da. Aitzitik, subjektu pasiboaren eremua zabaltzen du hamazortzi urtetik beherakoetara hedatuz (lehen hamasei urtetik beherakoetara mugaturik zegoen). Ezinduei buruzko aipamenari dagokionez, Kode honetako 25. artikuluan ezinduez zehazten dena kontuan hartu beharko da.

Tipoaren *elementu objektiboari* dagokionez, exhibizio lizuneko ekintzak egitea beharrezkotzat jotzen da, edo bestela, ekintza hauek beste bati eginaraztea. Jokabidea exhibizio lizuneko ekintza da, eta “lizun” adjektibo horrek ematen dio exhibizioari sexu konnotazioa. Eduki likitsa duten ekintzak dira, esaterako: genitalak erakustea edo masturbazio ekintzak. Ekintzok kualitatiboki larriak izan behar dute lizuntasunaren ezaugarria ager dadin<sup>18</sup>.

Tipoaren *elementu subjektiboari* dagokionez, beharrezkotzat jotzen da asmo edo joera lizuna egotea. Horretarako, subjektu aktiboa, bere exhibizioaren bidez subjektu pasiboa, sexu dinamika batean sartzen ahaleginduko da exhibizioaren ikusle izan dadin. Beraz, ez da zigorgarria izango, toki publikoetan edo hondartzan, adin txikikoen edo ezinduen aurrean nudismoa egiten duenaren jokabidea. Era berean, ez litzateke zigorgarria izango adin nagusiko emakume baten aurrean exhibizio lizuna egiten duenaren jokabidea, adin txikikoen edo ezinduek ikus dezaketela jakinda ere (beharrezkotzat jotzen da eurei zuzendutakoa izatea).

b) 186. artikulua, *edozein baliabide zuzen erabiliz, adin txikikoen edo ezinduen artean material pornografikoak zabaldu, saldu edo erakusten dituen zigortzen du*. Agindu honetan ere, subjektu pasiboaren adina hamazortzi urtera igo da.

17. DIEZ RIPOLLES, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Ed. Bosch. Bartzelona. 1982. 144. eta 167. orr.

18. MORALES PRATS. Op. cit. 904. or. Hala ere, autorearen baten iritziz, MUÑOZ CONDEren iritziz esaterako, lizunkeriari buruzko aipamenak pudorea edo ohitura onen kontrako konnotazioak dakartzatza. Aipamen horiek, izan ere, 1988ko erreformaz baztertu nahi izan ziren.

Horren ondorioz, ekintza hauek helduei zuzenduz gero ez dute zigorrik hartuko. Ezinduei dagokienez, aipatutako Kodearen 25. artikuluan zehaztutakoa kontuan hartu beharko da.

Zigortzen diren *jokabideak* (salmenta, zabalkundea edo erakustea) zuzenean egin behar dira, horrek zenbait jokabide zigortzea dakar, esaterako pornografi argitalpenak publikoaren begi-bistan erakusten dituen kiosko-jabearen kasua. Horrela doktrinaren irizpide nagusiari erantzuten zaio, beste norbait sexu kontaktuan nahasteko joera eskatzeari dagokionez.

Díez Ripolléseek 1982an hauxe zioen: ez da nahikoa izango idazki pornografikoak, berauek zentzu materialean hartuta, biktimaren eskuetan jartzea, beharrezkoa da eduki sexuala argitzen duen azalpenen bat. Izan ere, horixe da biktima testuinguru sexualean nahasteko bide bakarra. Beste autore batzuek antzeko adierazpenak egin izan dituzte. Berorien ustez, 185. artikulua *bidegabearen elementu subjektibotzat*, asmo likits edo haragikoia eskatzen du<sup>19</sup>. Probokazio sexualerako asmo hori egotea eskatzea dela eta, agindutik kanpo geratuko litzateke sexu heziketako eskola baten testuinguruan eduki sexuala duen material jakin bat erakustearen kasua.

*Material pornografiko kontzeptua* honela zehaz daiteke: sexu izaerako edozein irudi, idazkiz, objektuz, ikus-entzunezko baliabideez, pertsona heldugabeen edo sexu instintoak nolabait menperatzeko gai ez diren psikeari kaltea eragiteko gai dena<sup>20</sup>. Definizio hau tipoaren konfigurazio berean oinarrituta dago, eta ikus daitekeenez, babestu nahi diren subjektu pasiboei eragin liezaiekeen lesioa aipatzen du. Definizio autonomoagoa eman nahi izan denean, zeregin latzagoa izan da.

Horrela, autoreren batek esan duenez<sup>21</sup>, honako kasu honetan material pornografikoaren aurrean egongo ginateke: obraren eduki orokorra nabarmenki likitsa eta haragikoia izatean, sexu instintoa pizteko edo beronen atseginerako; eta arte, literatura, zientzia edo pedagogi baliorik gabekoa izatean.

Era berean, irudia potentzialki iraingarria izatea eskatzen da, komunitateak sexu gaiak irudikatzen dituen estandar nagusietatik desbideratzeagatik. Azkenik, gizar-tean etengabeko bilakaeran dauden mota soziokulturalako balorazioetara jotzen da, eta horrek pornografiako kontzeptu honi zehaztasunik eza dakarkio, hori dela-eta kasuan-kasuan zehaztu beharko da.

Azaldutako jokabide bi horiez gainera, beroriekiko lotura estua izan arren, azkenaldi honetan Internet-en bidez haur pornografia trukatzearen legezko egoera aztertu da, izan ere, jokabide hori ez da Kodean ezartzen. Arazoa telekomunikazio ikasketak egiten ari diren gazte biren inguruan sortu da. Berauek informatika sarearen bidez pornografia biltzen eta zabaltzen zuten. Jardunbide judizialak jarduerak artxibatu ditu instrukzio epaitegiko magistratuaren iritziz ez baita frogatu gazteek

19. DIEZ RIPOLLES. *Exhibicionismo...* 401. or. eta MORALES PRATS, Op. cit. 907. or.

20. MUÑOZ CONDE. Op. cit. 451. or.

21. VIVES ANTON. Atal berezia. 641. or. bertan Iparramerikako auzitegi federal gorenaren doktrina aipatzen da.

zuten materiala gazte edo ezinduei saltzeko zenik, ezta horrelakorik egin zutenik ere. (Irudi horiek egiteko adin txikikoak erabiltzea KPren 189. artikuluan zigortzen da).

Izatez, puntu honetan *hutsune legala* dago. Legegileak etorkizunean hutsune hori beteko duelakoan gaude, adin txikikoak babesteko eta berorien irudiak ezelango zigorrik gabe zabaldu ez daitezzen. Kazetaritzako informazioen arabera<sup>22</sup>, Justiziako Ministerioak proiektu bat prestatzen ari da haur pornografia edukitzeko jokabideak zigortzeko. Proiektu horrek hala saltzea edo trafikatzea, nola xede pertsonaletarako edukitzea kontuan izango lituzke.

## 5. PROSTITUZIOARI BURUZKO DELITUAK

Prostituzioari buruzko delituak Kode Penal Berriaren artikuluetan arauturik daude, 187. artikulutik 190.era hain zuzen. Era berean, azpimarragarria da gai honetan egin den eraberritze sakona.

Alde batetik, tipo penalak *nabarmenki sinplifikatu dira*, bai aginduen kopuruari eta egotzitako jokabideei dagokienez, bai agindu horien idazkerari dagokionez. Eta beste alde batetik, *edozein eduki moralizatzaile* baztertu egin da (esaterako: lehengo arauetako trafiko inmoralari edo ustelkeriari buruzko aipamenak). Horrela, tipo penal berriak Tituluaren beste atalen oinarrian dagoen ondasun juridikoaren babesari erantzuten dio, sexu askatasunari, alegia.

Hain zuzen ere, edozein eduki moralizatzaile saihesteko prostituziorako laguntzaren aipamena kendu da hamazortzi urtetik gorako adin nagusikoentzat; prostituzioan ari denaren borondatearen kontrakorik gabe edo sexu askatasuna mugatu gabe. Ikusten denez, tipo penal honek ezin du sexu askatasuna ondasun juridikotzat hartu, bai, ordea, moral publikoaren babesa.

Erregulazio berriarekin, beraz, adin txikikoen edo ezinduen artean prostituzioa bideratzen duten jokabideak zigortzen dira, eta pertsona horien sexu askatasuna babestu da euren heziketak irauten duen heinean. Eta beste alde batetik, adin nagusiko pertsonak prostituzioan jardutera behartzen duten jokabideak zigortzen dira.

Azkenik, *prostituzioa*, aztertuko diren delitu guztietan agertzen den kontzeptua, honela zehaz daiteke: eduki ekonomikodun prestazio baten truke, egunero edo nolabaiteko maiztasunez, izaera sexualeko zerbitzuak egitean datzan jarduera<sup>23</sup>.

Kapitulu honetan araututako jokabideak hauexek dira:

### a) Adin txikiko edo ezinduen prostituzioa

187. artikulua zigortu egiten ditu adin txikiko edo ezinduen prostituzioa sustatu, bideratu edo errazten dutenak.

22. EL MUNDO egunkaria. 1996ko azaroak 29, 30. or.

23. MORALES PRATS. Op. cit. 908. or. eta 912. or.

Artikulu honen bitartez, Auzitegi Gorenaren 1992ko martxoaren 18ko sententziak dioenez, honakoak babesten dira: “adina dela-eta, nortasunari dagokionez aldi erabakiorrean daudenak... Bizitza sexualaren norabideak ondorio bereziak dakartzio gizarteri. Legegileak hari buruz erabakitzeke nahikoa nortasuna ez dutenak penalki babes ditzake erabaki autoerantzulea ahalbidetzeko”.

Kodea, modu zabalean, adin txikikoen prostituzioaren merkatua eratzean eragina duten jokabideak hobendatzen saiatzen da. Horretarako, izaera desberdineko jokabideak parekatzen ditu. Jokabide horiek, ekintza baten ingurukoak izan daitezke, egile gisa (eraginez), edo laguntzaile gisa (erraztuz), zigorrari dagokionez ezelango alderik gabe. Egoera horrek kritika batzuk ekarri ditu.

Gaur egun indargabeturik dagoen 452, bis, d) artikuluko jokabideei ez zaie zigorra kendu (zigorra honakoei ezartzen zitzaien: jokabide horiek egiten ziren lokale-tako jabeari, gerenteari, edo langileei ere, edo baita jardueraren berri izanik lokalak alokatzen zituztenei) izan ere, jokabide horiek 187. artikulua agindu horren bidez bideratu ahal izango dira, adin txikikoen prostituzioa erraztu edo lagunduz gero.

Era berean, jarduera hutsezko delitua dela esan behar dugu, eta beraz, ez da beharrezkoa adin txikikoak edo ezinduak prostituzio ekintzak egitea, nahikoa da prostituzioa eragin, erraztu edo laguntzearekin.

Artikulua bigarren paragrafoa, *larriagotutako modalitate bati* buruzkoa da. Berau, adin nagusikoen prostituzioa dela eta, 188. artikuluan agertzen da berriro. Eta artikulua aipatu egiten ditu agintariak, agenteak edo funtzionario publikoak euren mailaz baliatuz egindako jokabideak.

## **b) Koakzioz eginiko hamazortzi urtetik gorako prostituzioa**

*188. artikulua honako hau zigortzen du: koakzioz, engainuz edo beharrian edo nagusitasun egoeraz abusatuz, adin nagusiko pertsona bat prostituzioan aritzera edo mantentzera derrigortzen duena.*

Hemen ere, oraingoan baliabideei dagokienez, aginduaren irakurketa zabala egiten da, eta beste norbait prostituzioa bultzatzeko prozedura ugari parekatu egiten dira. Ez dugu ahaztu behar, Kodeak berak aurreko artikuluetan, eraso eta sexu abusua delituak arautzen dituztenetan hain zuzen, zigor penal desberdinak ezarri dituela, batetik indarkeriaz eta beldurraraziz egindako kasuetan, eta bestetik nagusitasunaz baliatuz edo abusatuz egindakoetan. Parekatze hori harritzekoa da, eta era berean, zigorrei dagokienez, harridura sorrazten du nolabaiteko sistematika bati eutsi ez izanak.

Adin txikikoen prostituzioari dagokionez, 452 bis d) artikuluan zeuden jokabide horiek guztiak zigorrak gabekotzat joko ditugu; hau da, jarduera hori egiten zen gerenteen, jabeen, enplegatuen akurutzailen eta abarren jokabideak.

188. artikulua bigarren paragrafoak, aurre-aurreko artikuluan bezala, herri agintaria, agentea, edo funtzionarioa izateagatik larriagotutako tipoa agertzen du, jokabidea egoera horretaz baliatuz egin dezanean.

Azkenik, lehenengo paragrafoan *larriagotutako figura* bat agertzen da (koakzioz, engainuz edo beharrian edo nagusitasun egoeraz abusatuz, prostituzioan ari-

tzera edo mantentzera derrigortzea) azaldutako jokabideak *adin txikikoengan edo ezinduengan* egiten direnerako. Argi dago subjektu pasiboen taldeari eragindako koakzio egoerei, zigorra areagotzeko beharra dagoena. Baina ez da hain ondo ulertzen batzuetan, ustezko kasu horiek eta aurreko artikuluan ezarritakoak zelan desberdindu: 187. artikulua adin txikiko bat prostituziora bultzatzen duena zigortzen du, honako honetan, berriz, nagusitasunezko abusuz baliatzen denari ere, zigorra ezar dakioko.

Adina nagusitasunezko abusutzat jo den ustezko kasuetariko bat izan arren, ez dago penaltate bikoiztasun hori azaltzerik (bigarren paragrafoak, lau urtetik sei urtera arteko gartzelaldiaz zigortzen du; eragiteari buruzko tipoak, aldiz, batetik laurakoa ezartzen du). Baliteke beharrezkoa izatea jurisprudentziak honakoa zehaztea: nagusitasunezko abusua zer adinetatik aurrera den eta larriagotutako tipoa noiztik aurrera ezar daitekeen.

### **c) Adin txikiko edo ezinduen erabilera ikuskizun exhibizionista edo pornografikoetan**

*189. artikulua*, helburu exhibizionista edo pornografikoekin, edo mota horretako ikuskizunetan, adin txikikoak edo ezinduak erabiltzen dituztenak zigortzen ditu.

Sistematikoki egokiagoa izan daiteke agindu hau exhibizionismo eta probokazioko delituei buruzko kapituluaren sartzeari, baina toki horretan egoteko azalpena hau da: 189. artikulua horrek helduen betebeharrak zehazteko zenbait agindu hartzen ditu, adin txikiko eta ezinduekiko.

Lehenengo paragrafo honetan jarduera bikoitza agertzen da: adin txikikoa edo ezindua ikuskizun exhibizionistetan erabiltzea (honek ekintza garatzen den inguruan *publizitatea* dakar) eta adin txikia edo ezindua helburu exhibizionista edo pornografikoz erabiltzea, horrek ingurutik publizitatea baztertuz (hemen jokabide guztiak agertuko lirateke, hala nola: adin txikikoei argazkiak egitea edo filmatzea, ondoren saltzeko edo sare informatikoetan zabaltzeko, esate baterako).

Argitzen ez dena, adin txikikoak horrelako egoeretan izan beharreko zeregina da. Hori dela eta, autorearen batek<sup>24</sup> hau da adierazi du: tipoan, adin txikikoari irudi pornografikoa ikusarazteko jokabidea agertzen da, eta hori marko exhibizionista edo pornografikoaren atala izango litzateke, adin txikikoa bera izaera sexuarekiko jokabiderik egitea iritsi gabe. Gure aldetik, jarrera horren oinarriak ez dira argiak, batez ere publizitaterik gabe denean. Beharbada egokiagoa izango litzateke 185. artikuluan ezartzen den aginduan sartzeari. Artikulu hori, izan ere, adin txikikoen aurrean exhibizio lizuneko ekintzak egiteari buruzkoa da (legegilearentzat, hain zuzen, isuna ezarri du, aztergai dugun artikulua honek ezartzen duen gartzela-zigorren ordez).

---

24. MORALES PRATS. Op. cit. 908. or. eta 912. or.

#### **d) Adin txikikoen edo ezinduen prostituzioa galarazteko betebeharra ez egiteari buruzko delitua**

189. artikulua *bigarren paragrafoak* bere agintepean, babespean, tutoretzapean edo aterpean adin txikiko edo ezinduak dituenaren jokabidea arautzen du, adin txikikoaren edo ezinduaren egoera hori aldatzeko egin beharrekoa egiten ez badu, edo horretarako agintariengana joko ez balu.

Agindua artikulua aipatzen dituen subjektu aktiboaren eskumeneko betebeharraren oinarritzen da. Betebehar horiek subjektuak (guraso-aginte, babespea, tutoretza, edo aterpetza dela eta) bere ardurapean dituen adin txikikoak babesteari buruzkoak dira. Tipo penalararen baldintza objektibotzat, betebehar horiek egoteaz gainera, subjektu aktiboak adin txikikoaren prostituzio-jardueraren berri izatea eskatzen da. Delitua *jarduteko duen betebehar juridikoa ez egiteagatik* edo *agintariari ez jakinarazteagatik* gertatzen da. Hala ere, ez egite horrez gain eragite, errazte edo laguntza baldin badago, 187,1. artikulua ezartzen duen tipo penalararen eremuan egongo ginateke, eta kasu horretan ezartzen den zigorra askoz ere handiagoa da.

Agindu honen harira (izan ere, agindua adin txikikoak babesteko betebeharrak ez egiteagatik jokabideez arduratzen da), Kodeak, hirugarren paragrafoan, ministerio fiskalak ez egite jokabide horretan erori diren guztiei guraso-aginte, tutoretza, babespea edo senide-aterpetzako aipatutako betebeharrak kentzeko ahalmena gogorarazten du.

## **6. AURREKO KAPITULUETAKO XEDAPEN KOMUNAK**

### **a) Esetsi ahal izateko baldintzak**

191. artikulua xedatzen duenaren arabera, eraso, jazargo edo abusu sexualeko delituengatik iharduteko beharrezkoa dira laidotutako pertsonaren, edo beronen legezko ordezkariaren salaketa, edo ministerio fiskalaren kereila.

Laidotutako pertsonaren *salaketari* dagokionez, ihardungarritasunezko betebehar horren oinarria honako honetan datza: zaurgarritutako ondasun juridikoa guztiz pertsonala izanik, biktimari dagokio delitua esesteko erabakia; baina hori guztia prozesu judizialak iraun bitartean biktimak izaten duen biktimizazio prozesua kontuan hartuz.

“Bortxatu nindutenetik epaiketa egin zen arte ia urtebete igaro zen; izapide judizialek oinazea luzatzen dute. Barru-barrutik dena arin pasatzea nahi nuen, ahazten hasteko...” (“La violación. Hablan las Mujeres” liburutik hartutako pasarte)<sup>25</sup>.

Prozesuan biktimak bizi duen egoera kontuan hartuz, delituok *erdi-pribatutzat* jo izan dira. Baina Kode Penal berrian berrikuntza bat agertzen da, izan ere, ministerio fiskalak prozedura martxan jar dezake kereilaren bidez (salaketari dagokionez, bereiz-

25. DOWDESWELL, J. *La violación. Hablan las mujeres*. Ed. Grijalbo. Bartzelona 1987. 176. or.

keta formala da erreala baino). Edozein modutan ere, ministerio publikoaren ordezkariak “bidezko interesak aurrez-aurre” baloratu beharko ditu. Kontuan hartu beharreko alderdi bi ditugu: batetik, biktimaren borondatea eta intimitaterako eskubidea, eta, era berean, biktimaren “ahazteko” eskubidea errespetatzea; eta bestetik, interes orokorra dugu, hau da, delituaren edo delitugilearen inguruak –berauek ekintzari aparteko larritasuna ematen dizkiote eta– (esaterako: egilea berriz delituan erori bada, kasu horretan etorkizunean biktimarik egon ez dadin jokatu litzateke).

Azkenik, pertsona laidotuaren salaketa bideratu ahal izateko baldintza honi buruz Auzitegi Gorenaren doktrina aipatuko dugu, izan ere, berori, besteak beste, 1994ko urriaren 25eko sententzian agertu zen. Sententzia horren arabera, *baldintza konpongarria* da, eta emakume kaltearena jadanik hasia den prozeduran azaltzean, ikerketa judizialari lagunduz, eta kausan eskaintzen zaizkion iharduerari oztoporik jarri gabe, isilbidezko salaketa baten aurrean gaude. Jokabide horrek, hasierako salaketarik eza konponduko luke.

## **b) Iraindua barkatzea**

Kode Penalaren 191. artikuluko bigarren paragrafoak ezartzen duenez, iraindua edo beronen ordezkari penala barkatzeak *ez dakar jarduera penala desagertzea*. Baieztapen horren bidez 1989ko erreformak hasitako bideari eusten zaio, eta prozesuak dirauen bitartean biktima edo beronen senideenganako txantaje edo estorsio egoerak saihesteko filosofiarik erantzuten dio<sup>26</sup>.

## **c) Adin txikikoaz edo ezinduez arduratzen direnentzako larriagotzea**

192. artikulua haxe ezartzen du: egitez edo zuzenbidez adin txikiko baten arduraren duen edozeinek Titulu honetako delituen bat egitean, zuzenean eginez edo lagunduz, dagokion zigorra erdi altuenean ezarriko zaie. Izan ere, agindu honetan, Kodea berriro aurreko 445. artikuluan ezarritakoa agertzen da zenbait aldaketa eginez: aurrekoan gertatzen ez zen bezala, oraingoan egile eta laguntzailearen artean bereizten da (berauek erantzun penal desberdina merezi duten jarduerak direla).

Aginduaren oinarria, adin txikikoak babesteko edo zaintzeko arduraren izanik, delitugilearen jokabideak, beroriek biktima bihurtzean, merezi duen balio kentzea eta gaitzespena da.

Artikuluak, zigor gehigarri gisa, adin txikikoak edo ezinduez babestearekin zerikusia duten kargu edo ogibideetarako gaitasungabetze berezia ezartzen du.

## **d) Erantzukizun zibilar buruzko eta filiazio eta elikagaiei buruzko pronuntziamendua**

Aginduak, delitu mota hauek biktimei eragindako kalteei buruzko pronuntziamendua dakartzala gogorarazten du, honakoetan edukia, sarritan, izaera moralak

26. Ildo horretatik, besteak beste, CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos* lanean Ed. Bosch. Bartzelona. 1981. BAJO FERNANDEZ ere bai. 271. or.

magusi izango da izaera fisikoaren aldean. Era berean, filiazio eta elikagaiei buruzko pronuntziamentuak egingo direla zehazten du. Horren helburua prozesuak azkarrago egitea eta prozedura zibilera jotzea saihestea da.

### e) Establezimenduak aldi baterako edo behin betiko ixtea

Agindua, exhibizionismoari, probokazio sexualari eta prostituzioari buruzkoa da, eta establezimendua aldi baterako edo behin betiko ixteko aukera bikoitza onartzen du. Azken kasu honetan, kautelazko neurritzat har daiteke, prozesu penalak irauten duen bitartean alegia, sententzia eman aurretik. Aldi baterako ixteak, hala ere, gehienez bost urteko iraupena du.

## AZKEN GOGOETA

Aurreko orrien bidez, Kode Penal berriak sexu askatasunaren kontrako delituak arautzeko duenari buruz, ahalik eta ibilbiderik osoena eta argiena egiten ahalegin du gara. Ibilbidea juridikoa izan da batez ere, tipo penalak aztertzekoa alegia, baina oraingoa gaia ikuspegi zabalagotik, orokorragotik, aurkeztu nahi dugu.

Artikulu honetan, zenbait momentutan autoreen kritikak jaso edo bestela norberak eginiko kritikak azaldu izan dira honako hauei buruz: Kodean jokabide jakin batzuk sartzeko komenigarritasunaz edo baita praktikan zehaztasunik ezak ekar dezaketen tipo zabalegiak eraikitzeiko arriskuaz ere.

Zuzenbide penalak funtsean aldakorra den gizarte bati erantzuna eman nahi dio, gizarteak sexualitateari berari buruz duen ideia agertuz, eta erantzun penala merezi duten jokabideek zeintzuk izan behar duten esanez. Eta bilakaera hori herrialde guztietan etengabea, eta orokorra da, eta gai honen inguruan arau berrien ekarle. Eredu honetan gutxieneko eskuhartzearen printzipioak behin eta berriro azaltzen den elementua dirudi, beste kasu batzuetan baino intentsitate handiagoarekin beharbada. Horren ondorioz hauxe esan dezakegu: sexuari buruzko zuzenbide penala “zalantzarik gabe zigorra merezi duten muturreko kasuetara mugatu behar da. Zigorra merezi izateari buruz zalantzarik egonez gero, lege eskuhartzea alde batera utzi beharko da, presuntzioan oinarrituz askatasunaren alde jokatzeko. Zalantza egoera horretan, beraz, legegileari abstenitzeko ausardia eskatu beharko zaio”<sup>27</sup>.

Apelazioaren doktrinan *gutxieneko eskuhartzearen printzipioa* etengabe agertu arren, –izan ere, gai honetako modu legeletan egindako berrikuntzek berorri erantzuten diote, baita atzergai dugunak ere– (eremu sexualean sexu askatasunari eginiko erasoetan eskuhartze penala txikitzen ahalegunduz), interesgarri iruditzen zaigu Díez Ripollésen jarrera. Autore horrek, 1981ean, “El Derecho Penal ante el sexo” liburuan, gaitzestu egiten du zenbait autorek azken ratioaren printzipioari buruzko ideiare eustea, edo gai honetan, gutxieneko eskuhartzea izatea. Era berean, ez du onartzen gizartearen moral sexuala, gizarte instantzia ez bortxazkoen bidez,

27. KLUG, Ulrich. “Problemas de filosofía del derecho y de política jurídica en el Derecho Penal Sexual” *Sexualidad y Crimen* obran. GIMBERNAT ORDEIG. Ed. Reus. Madrid 1989. 38. or.



zain daitekeela uste dutenen jarrera, ezta hobeto babes daitekeela pentsatzen dutenena ere.

Zuzenbide penal sexual anitzaren inguruan, autore honen arabera, ez da azken ratioaren printzipioari buruz eman beharreko aipamen zehatza. Hori dela eta, arrazoi hauexek ematen ditu: zuzenbide penal sexualean, helburua norbanakoaren sexu askatasunari eginiko eraso larrienak zigortzea da. Azken ratioaren printzipioak *arlo penaletik kanpoko baliabideak* egoteari loturik joan behar du. Eta baliabide horiek askatasunaren kontrako erasoak saihesteko bidea eman behar dute<sup>28</sup>.

Hau da, xedea ez da estatuko instantziek eskuhartzerik ez izatea, edo eskuhartzea ahalik eta txikiena izatea, helburua tolerantzia zabaleko gizarte giroa bultzatzea da. Bizitzaren eremu desberdinetan, eta eremu sexualean ere, norberaren autoerrealizatorako aukerak ugariak izan daitezten.

Testuinguru honek herritar guztiei askatasun zabalagoa eta sexuaren eremuan tolerantzia eta heziketa handiagoa eskaintzen die. Era berean, testuinguru honetan beste pertsona baten kontrako jokabidea gero eta arrazoigabeagoa izango da, eta gutxiagotan azalduko da.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNANDEZ. Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Centro Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995.
- CARMONA SALGADO. “Los delitos de abusos deshonestos” Ed. Bosch. Barcelona. 1981.
- DIEZ RIPOLLÉS. El Derecho Penal ante el sexo. Ed. Bosch. 1981.
- DIEZ RIPOLLES. Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras. Ed. Bosch. Barcelona. 1982.
- DOWDESWELL, J. “La violación. Hablan las mujeres.” Ed. Grijalbo. Barcelona 1987.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Sexualidad y Crimen. Ed. Reus. Madrid 1989.
- MORALES PRATS, GARCIA ALBERO. Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi. 1996. Pág. 872.
- MUÑOZ CONDE. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 10ª Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.
- ORAA, J. “Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas.” Revista La Ley. nº 4044.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995”. Revista Actualidad Penal. nº 32.
- DE VEGA RUIZ, José Augusto. “El acoso sexual como delito autónomo”. Colex. Madrid. 1991.

---

28. DIEZ RIPOLLES. *El Derecho Penal ante el sexo*. Ed. Bosch. Barcelona 1981. 260. or.

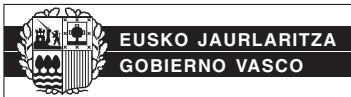


eman ta zabal zazu



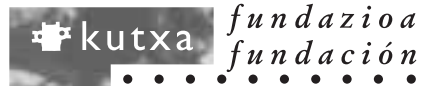
Universidad Euskal Herriko  
del País Vasco Unibertsitatea

VICERRECTORADO DEL CAMPUS DE GIPUZKOA  
GIPUZKOAKO CAMPUSEKO ERREKTOREORDETZA



DEPARTAMENTO DE JUSTICIA  
JUSTIZI SAILA

DEPARTAMENTO DE INTERIOR  
HERRIZAINGO SAILA



La Dirección agradece a los Departamentos de Justicia  
e Interior del Gobierno Vasco, a la Fundación Kutxa  
y al Vicerrectorado del Campus de Gipuzkoa de la UPV/EHU,  
su contribución financiera a esta publicación.