

GRADUA: ENPRESEN ADMINISTRAZIO ETA ZUZENDARITZA ETA ZUZENBIDEKO
GRADU BIKOITZA

2021/2022 ikasturtea

**HETSAPENEZKOA EZ DEN PROSTITUZIOA.
TIPIFIKAZIOAREN HUTSUNEAK ETA MUGAK.**

Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoa

ZUZENBIDEKO GRADU AMAIERAKO LANA

Olatz Hernani Alonso

Zuzendaria: Maria Del Rio Pereda

Bilbon, 2022ko ekainaren 23an



Aurkibidea

1. Sarrera	3
2. Zuzenbide Penala genero ikuspegitik	5
3. Prostituzioa	7
3.1 Kontzeptua:	7
3.2 Bilakaera historiko laburra	8
3.3 -Prostituzioari buruzko eztabaida: babestutako oinarrizko eskubideen ikuspuntutik	11
4. Zigor Kodeko 187. artikulua	13
4.1 Babestutako ondasun juridikoa: askatasun sexuala.....	15
4.2 Zigor Kodeko 187. artikuluko tipo penalak	20
4.2.1 Hertsapenezko prostituzioa: 187.1 artikuluko lehenengo paragrafoa	20
4.2.2 187.3 artikulua	22
4.2.3 Hertsapenezkoa ez den prostituzioa: 187.1 artikuluko bigarren paragrafoa	23
5. Egoera definitzen duten elementu gatazkatsuenak:	24
5.1. Adostasuna	24
5. 2 Sexu-esplotazioa.....	33
5.2.1 Mendekotasun -pertsonaleko eta -ekonomikoko egoeran egotea	37
5.2.2 Baldintza gogorak, neurrigabeak edo abusuzkoak inposatzea.	40
5.2.3 Ondorioak:	48
6. Erreformatik proposatutako proxenetismo ez hertsatzailea: 187.2 artikulua	49
7. Ondorioak	51
8. Bibliografia	56

LABURPENA

Generoa aintzat hartuta, ordenamendu juridiko penalak prostituzioan aritzen diren adin nagusiak eta ezgaitasunik ez dituzten emakumeen gain kokatzen duen tipo penala aztertuko da; Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoak biltzen duena, alegia. Horrela, aurrekari historikoak oinarri, hertsapenezkoa ez den prostituzioaren arauketaren lege-hutsuneak eta mugak aztertuko dira, tipoa gorpuzten duten elementu guztien deskribapenaren bitartez. Horretarako, jurisprudentziak eta doktrinak askatasun sexualaren esparruan esplotazioaren eta adostasunaren elementuen irakurketa ezberdinen analisia egingo da, horrek errealitatean sortzen dituen zailtasunak agerian uzteko.

1. Sarrera

Lehenik eta behin, aitortu beharra dago, historian zehar generoa gizartea antolatzeko ardatz garrantzitsuenetariko bat izan dela, beste elementu batzuekin batera: gizarte-klase eta azal kolorea, besteak beste. Honela, desberdintasunean eta menderakuntzan oinarritutako errealitate soziala eraiki da, bi identitate oso desberdin konfiguraturik: gizonezkoa, zeinari estatus eta gizarte-onurak egokitu zaizkion; eta, emakumezkoa, menderakuntza-menderatze estereotipoei jarraiki bigarren maila batean kokatu dena.

Arestian aipatutakoa oinarritzat hartuta, sistemak bakoitzari esleitu dizkion mandatuei jarraiki, emakumeei prostituzioan aritzea egokitu zaie eta, era berean, gizonezkoak honetaz baliatu dira. Gaur egun ere, egoera horrek dirau: “Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018” aurkeztutako estimazioei jarraiki, subjektuen %90 emakume eta neska-adingabeak dira; prostituzioaren kontsumitzaileen % 99, aldiz, gizonezkoak (Berdintasun Ministerioa, 2015, 34 or.). Beraz, prostituzioa aztertzeko eta errealitatea ahalik eta doien irudikatzeko, genero ikuspegia txertatzea ezinbestekoa da; generoaren elementuak jarduera honen nondik-norakoak definitzen lagunduko baitu.

Azken urteotako estimazioek diote Espainia dela ordaindutako sexu-eskaririk handiena duen Europako herrialdea eta, ez hori bakarrik, prostituzioa kontsumitzen duen munduko hirugarren estatua ere badela – lehenengo bi postuetan, Puerto Rico eta Thailandia daude, hurrenez hurren -; hain zuzen, urtean, 4.000 milioi euro sortzen dituela estimatzen dela adierazi zuen El País

egunkariak 2021ean. Matiza egin beharra dago ezkutuko ekonomiari aipamena eginez, estatuen kontroletik at, prostituzioak, masa milioiduna sortzen baitu. EINek 2014. urtean publikatutako txosten batean agerian utzi zuen Espainiako barne-produktu gordinaren %0,87 aktibitate ilegalak hartu zuela: %0,5 drogek eta %0,35a prostituzioak, alegia (EIN, 2014, 9or.). Arestian aipatutako datuek agerian uzten dute, mundu- zein barne-estatu-mailan, prostituzioak duen dimentsioa eta bolumena; horren atzean babesgabe dauden milaka emakume eta adingabe daude.

Egoera honetan, estatuen eta hauen sistema-penalaren parte-hartzea ezinbestekoa da. Horregatik, Europako herrialdeak prostituzioa arautzeko eredu ezberdinez baliatu dira: Finlandian, emakumeekin trafikatzeko dutenak zigortzen dira, eredu arautzaile eta abolizionistaren arteko konbinazioa eginez; Suedian eta Frantzian, ordea, eredu abolizionistan inspirazioa bilatu eta proxeneta eta prostituzio kontsumitzaileak zigortzen dira, emakumearen gizarteratzea behatzeko - hau zigorgabe gelditzen da-.

Horrela, prostituzioaren eztabaida pil-pilean dago egun eta mugimendu feministaren arduetako bat gorpuzten du. Eta ez hori bakarrik, Espainiako parlamentuan eztabaidatzen ari den objektua ere bada. Aitzitik, Espainian, adibidez, Berdintasun Ministerioak prostituzioari buruzko ika-mika berrieki du kongresuan, Askatasun-sexuala bermatzeko Legea izapidetzerakoan. Araua “bai bakarrik da bai” esloganpean ezaguna da eta ezkerreko zein eskumako alderdien desadostasunengatik, hamabost hilabete baino gehiago behar izan ditu testua Gorteetara bidaltzeko. Prostituzioaren arauketak alderdi politikoen artean iritzi kontrajarriak sortu dituen gaia izan denez, etsipenez, Legetik at uztea erabaki du PSOEk. Hala ere, alderdi sozialistak azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzeko, proxenetismoa era guztietan debekatzeko Lege Organikoaren proposamena aurkeztu zuen; pasa den ekainaren 8an, kongresuak hau aintzat hartzea eta izapidetzarekin hastea onartu zuen.

Lan honetan indarrean dagoen Zigor Kodeak biltzen duen hertsapenezkoa ez den prostituzioan zentratuko gara; 187.1 artikularen bigarren paragrafoa tipifikatuta dagoena. Hertsapenezko prostituzioa zigortzeko premiari buruz ez dago zalantzarik, arautzeko ereduaren arabeko ildo ideologikoak ñabardurak ekarriko dituen arren. Adibidez, tipoaren konfigurazioa kuestionatu liteke, sexu-erasoa zigortzeko artikulua existitzen delako. Hala ere, delitua gorpuzten duten elementuak eztabaidaezinak dira. Hertsapenezkoa ez den prostituzioaren inguruan, aldiz, hainbat arazo sortzen dira, bai jurisprudentzian eta baita doktrina zientifikoan ere. Adituen bat ez egitearen

adierazpen argia da delitua, azken urteetan, Kodetik sartu eta irten izana; azken finean, adostasunaren eta esplotazioaren inguruko eztabaidek markatu dutena.

Hainbestez, lan honetan zehar prostituzioan aritzen diren adin nagusiak eta ezgaitasunik ez dituztenen emakumeak hartuko dira aztergaitzat; Zigor Kodeko 187.1 artikuluko subjektu pasibo direnak, alegia -adingabe eta ezgaien egoera eta arauketa oso ezberdina den heinean (Mauri, 2011, 669 or.). Horretarako, lehenik eta behin genero zuzenbide penalaren disziplina aurkeztuko dugu, aipatu bezala, generoa prostituzioaren fenomenoaz azaltzeko funtsezko elementua delako. Ondoren, figuraren aldagarritasuna aztertzeko prostituzioaren figura definitu eta honen arauketaren ibilbidea aztertuko dugu. Gainera, Konstituzioak emakume hauei eskaintzen dien babesaren azterketa laburra egingo da, gero, zigor ordenamenduak hauek babesten dituen edo ez behatzeko. Parte praktikoagoan, bestalde, Zigor Kodeko tituluak babesten duen ondasun juridikoa definitu ondoren, 187. artikulua biltzen dituen hiru figuren deskribapen azkarra egingo da. Ondoren, hertsapenezkoa ez den prostituzioa definitu eta hau gorpuzten duten elementuen analisisa egingo da, doktrina eta jurisprudentzia aztertuta. Azkenik, tipoaren interpretazio anitzek eta artikulua aurkeztu dituen arazoak mahaigaineratuko dira, artikulua tipifikazio eta kokapen berriaren beharrak azalertzeko.

Lan honen helburua, beraz, Zigor Kodeko 187.1 artikulua bigarren paragrafoaren tipifikazioak aurkeztu dituen mugak eta hutsuneak mahaigaineratzea izango da, doktrina eta jurisprudentzia aztertuta.

2. Zuzenbide Penal genero ikuspegitik

Nahiz eta eztabaida-publikoan guztiz bereizita aztertu, lanaren aztergaia den prostituzioan, generoak sexu lanean dabilzan emakumeen gain dituen determinazio eta ondorioengatik, kontuan hartu beharreko faktorea da. Izan ere, prostituzioaren delituzko jardueran, generoak tipoa definitzen du; horren ondorioz, tipoaren elementuen interpretazioan, genero-ikuspegia txertatu beharra dago (Tascón, 2020, 4-5 or.).

Gizon eta emakumeen arteko ezberdintasunak sistemak sortu ditu eta Zuzenbidea, generoa eraikitzekeko prozesu baten zerbitzura dagoen estrategia da; bertsio maskulino edo "neutralagoan", gizonei mesede egiten dien eta emakumei kalte egiten dien tresna litzateke, gizonek hau sortu duten heinean. Honen aurrean, kritika filosofiko-juridiko-feministatik, Zuzenbidea eta generoaren

arteko erlazioa aztertzea proposatu dute; egun ere, Zuzenbidearen interpretazio eta aplikazioa, ikuspuntu ultrakontserbadore batetik egiten baita, maskulinitate malkartsuarenetik, alegia.

Zuzenbide penalean, Zigor Kodeak “pertsona” kontzeptua erabiltzen duela mahaigaineratu da, askatasun sexualaren figuran ere emakume eta gizonen arteko ezberdinetarik egin gabe - erlazio hetero eta homosexuali egiten dien trataerarekin gertatzen moduan- ; ba, feministen alderdi batek, ondasun juridiko hau urratzen duten portaerak, genero - maskulino - delitutzat ulertzen dituztenez, neutroan emandako definizioek ordenamendua ahuldu eta iluntzen dutela defendatzen du (Larrauri 1994,1995).

Honen aurrean, arauaren neutraltasuna gaindituta, Zigor Zuzenbideak ezaugarritzen duen inpartzialtasunaz zigortzeaz gain, ohikotasunez, gizonezkoek emakumeen aurka egiten dituzten biolentziak agerian utzi eta seinalatuko lituzke; historian zehar generoak markatu duen diskriminazioa eta ezberdinketa gutxinaka-gutxinaka gainditu eta norbanakoen artean kontzientzia sortuz (Rincón, 1998, 15or.)

Beste hitz batzuetan, prostituzioan aritzen diren ia guztiak emakumeak direnez, %90 alegia (De la Rosa Cortina, 2013), Kodeak, hau zigortzeko ezartzen dituen hitzak ezin dira modu neutralean interpretatu ; sistemak inposatu dituen genero rolei badagokie egungo prostituzioaren egoera azaltzea eta genero-diskriminazioa agerian uztea. Gizonek emakumeekin dituzten harremanen baitan ase ezin dituzten edo ase nahi ez dituzten premia sexualei erantzuteko sortu zen prostituzioa, gainerako emakumeen kastitatea eta zintzotasuna iraunaraziz. Honela, mekanismo ezberdinen bitartez, prostituzioan aritzen diren emakumeen gain estigmatizazioa sortu da eta gizarteak zuzenean diskriminatu ditu; ordea, prostituzioan aritzen diren emakumeengana jotzen duten gizonezkoen gain ez da estigmarik existitzen (Serra Cristóbal, 2007, 44-45 or.).

Horregatik, lan honetan zehar, Kode Penalak biltzen duen prostituzioari buruzko 187. artikulua, beharrezkoa den ikuspuntu feminista batetik jorratuko da; genero aldagaia prostituzioa eta hau gorpuzten duten elementuak aztertzeke faktore determinatzailea dela ulertzen baita. Azpimarratu beharra dago, ondoren landuko den Europar Parlamentuko 2014ko otsailaren 26ko ebazpenean, sexu-esplotazioaren, prostituzioaren eta genero-berdintasunari buruzkoa, haren lehenengo hiru “considerando”-etan gaia genero perspektibatik lantzearen garrantzia azaltzen duela. Arestian aipatutakoa behin argituta, ondorengo atalean, prostituzioaren definizioa azalduko dugu; ostean, Zigor Kodeak proposatzen duen arauketa sakonago ulertze aldera.

3. Prostituzioa

3.1 Kontzeptua:

Lehenik eta behin, aipatu beharra dago, gizaratean prostituzioaren kontzeptuari eman zaion esanahia momentuan momentuko balorazioaren arabera izan dela. Honela, prostituzioaren kontzeptu tekniko-juridikoari dagokionez, doktrinan eta jurisprudenzian eztabaida ugari piztu dira prostituzioaren figurak bildu beharko lituzkeen osagaien eta hauen izaeraren inguruan - zer sexu-ekintzek ezaugarritzen duten zehaztean, egintzaren eta jasotako kontraprestazioaren artean kausalitate-lotura aztertzean, ohikotasunean etb.-.

Honen aurrean, Zigor Kodeak prostituzioaren definizioari ematen ez badu ere, Auzitegi Gorenak hutsunea gainditze aldera, hurbilketa kontzeptuala egiten saiatu da jurisprudenziaren bitartez. Alde batetik, prezio baten truke, sexu izaerako tratu moduan ulertu du. Aitzitik, ondorengo ezarri du Auzitegi Gorenak uztailaren 2ko 1016/2003 epaiako zazpigarren oinarri juridikoan: pertsona batek, bere gorputzaren bidez, denboran, modu errepikakorrean, aktibo zein pasiboki, beste bati sexu-plazerra ematen dionean, izaera ekonomikoko kontraprestazio baten truke, azken hau diru-kopurua izan ohi dena. Kopulazioa, masturbazioa, felazioa eta abar biltzen dira portaera honen barne (De la Rosa Cortina, 2013). Arestian ezarritakotik, ondorioztatu daiteke, sexu izaerako ekintza eta kontraprestazio ekonomikoa – hau da, prezioa- prostituzioaren existentzia bermatzeko muina direla.

Prostituzioaren elementuei sakontasun gehiagorekin erreparatuta, Auzitegi Goreneko 2. Salak behin eta berriz adierazi du diruaren garrantzia erlatibo dela; prostituzioak, berekin dakarrela diru-trukea sexu-harremanak izateko, baina prezioaren garrantzia edozelakoa izan daitekeela. Honela, biktimak, prezioa, zuzenean edo hirugarren baten bitartez, eta osorik edota partzialki jasotzeari, Auzitegiak ez dizkio ondorio ezberdinak planteatu, betiere, tipoaren beste elementuak existitu badira (González Tascón, 2020, 12-15or.). Hortaz, esan daiteke, gaur egun, prostituzioa ezaugarritzen eta definitzen duen elementurik garrantzitsuena erosgarritasuna dela. Horren barneratzearen bitartez, aurrerago aztertuko dugun moduan, historikoki kontzeptua definitzeko muntazkoak izan diren beste bi elementuen garrantzia juridiko eta soziala desagertu dira: promiskuitatearena eta profesionaltasunarena, alegia (Fiscalía General del estado, 2011). Edonola ere, lan hau indarrean dagoen prostituzioaren kontzeptutik abiatuko da.

Era berean, funtsezko bigarren elementua prestazio-sexuala da. Ba, Auzitegiak ez du beharrezkotzat jotzen sexu-harreman osoak aurrera eramatea; izan ere, onarpenarekin lotutako delituek ez dute sexu-portaera konkreturik eskatzen; aitzitik, edozein modutan, biktimaren sexu-askatasunari erasotzen zaionean eta zuzenean haren duintasun pertsonalaren aurka egiten denean emango da, aurrerago sakonduko dugun moduan (Fiscalía General del estado, 2011). Beste hitz batzuetan, tipoak babesten duen ondasun juridikoa urratu eta portaeraren tipikotasuna zehazteko, zentzu zabalean ulertutako izaera sexualeko portaeran arrazoiak aurkitu daitezke.

Arestian aipatutako bi elementuak aintzat hartuta, beraz, prostituzioaren terminoa, prezio baten truke, askatasun sexualaren ukitzea dakarten sexu-ekintzei lotzen zaie. Hala ere, doktrinan ez dago horiek aurrera eramateko biktimaren adostasunaren inguruko bat etortzerik, ondorengo puntuetan garatuko den moduan (González Tascón, 2020, 12-15 or.).

Puntu honetan aipatutakoa laburbiltze aldera, agerikoa da egun bi elementu nagusik definitzen dutela prostituzioa: erosgarritasuna eta prestazio sexuala. Dena den, ondorengo puntuetan justifikatuko dugu adiera hau ezin daitekeela osoa eta bateratutzat hartu; alde batetik, Kodeak ez duelako kontzeptua definitzen; bestetik, hau gorpuzten duten elementuak aldakorrak eta anitzak izan baitira historian zehar. Sexu-zuzenbidearen aldaketak, normalean, gizartean balioak aldatzearen ondorio izan dira; eta, kasu zehatz batzuetan, kontrako erreakzio sozialengatik, oinarrizko eskubidean hobetu baino atzera egin da. Zehazki, bilakaera baldintzatu duen oinarrizko elementua generoa izan da, arestian azaldu dugun moduan. Beraz, ondorengo atalean, Zigor zuzenbidearen bilakaera aztertuko da, denboran zehar prostituzioak jaso duen arauketa ulertu eta gaur eguneko egoera aditzeko, arautzeko erabili diren eredu ezberdinak oinarri.

3.2 Bilakaera historiko laburra

Lan honen hedadurara mugatzen den gai diren adindunen prostituzioari, eta zeharka pertsonen tratari, buruzko arau nagusiak hautatu ditugu. Historian zehar eman diren eraldaketak aztertu dira, momentu oro legegilearen jarrera eta prostituzioarekiko duen pertzepzioa agerian uzteko. Unibokoa izatetik urruti, aldaketa ugari izan ditu.

Espainiako lehen Zigor Kodean, 1822koan alegia, jada prostituzioaren figura arautzen zen. Laneko 4.1. puntuan sakontasun gehiagoz azalduko den gizartearen aurkako delituen barne kokatzen zen prostituzioa. Garai honetan, prostituzio-etxeen eta adingabeen - 20 urte baino gutxiago

zituztenen- prostituzioa eragitearen inguruko portaerak tipifikatu ziren; proxenetaren jokabidea eta adindunen prostituzioa, ordea, arautik at gelditu ziren. Hurrengoko Kodeek ere, prostituzioari buruzko arauketa antzekoa bildu zuten: 1848ekoak, 1850ekoak eta 1870ekoak, alegia (Rubio, 2015. 108 or.). Aipatu beharra dago, adindunen prostituzioaren figuraren arauketa arau lokal eta administratiboen bitartez egiten zela. Honela, eredu arautzailean oinarrituta, osasunaren eta ordena publikoaren inguruko xedapenak bildu zituzten (Lorenzo Rodríguez-Armas, 2008, 264-265 or.).

Beraz, modu orokorrean aipatu daiteke, prostituzioaren arauketaren lehen aro honetan, legegileak adingabeen prostituzioaren arauketaren alde egin zuela, gehiegikeriatzat ulertzen baitzuen. Dena den, helduen prostituzioa Kodetik kanpo utzi zen. Horrela, prostituzioan aritzen ziren emakume adindunak babesgabe eta zigor ordenamendutik at zauden. Eta tokian tokiko erregulazio administratibo pean egoteak, gaur egun ere dirauen prostituzioan zebiltzan emakumeen estigmatizazioa eta kriminalizazioa ekarri zuen; izan ere, administrazio arauak ordena publikoa eta gizartearen ongizatea behatzen zuten, prostituzioaren jardunean zebiltzan emakumeak babestea baino (Garcés, 2008, 24 or.).

Espainiako barne ordenamenduan eman zen hurrengo aldaketa nazioartean gertatutako asoziazionismo feministaren ondorio zuzena izan zen. Prostituzioaren arauketaren aurka eginez, Pariseko 1902ko Nazioarteko Hitzarmena eta 1904ko maiatzaren 18ko Zurién Salerosketara Erreprimitzeko Nazioarteko Hitzarmena indarrean sartu ziren. Ondorioz, abolizionismoak espazio publiko eta ofizialak hartu zituen. Beraz, 1904ean Espainiako Zigor Kodean, prostituzioan aritzen ziren adin nagusien portaera kriminalizatu zen, eskandalu publikoaren delitupean. Zehazki, proxenetismoaren figura zigortu zen lehen aldiz arau berri honen bitartez. Hurrengo urteetan ere, egoera hau mantendu zen; 1928ko erreformaren bitartez, ez zen aldaketa nabarmenik egin. Agerikoa da, beraz, nazioarte- zein barne-estatu-mailan, XX. mendearen hasieran hasi zela abolizionismoa indartzen eta hedatzen, eta hortaz, erregulazionismoa baztertzen.

1950ean, Nazio Batuen Erakundeak, Lake Successen sinatutako Pertsonen salerosketa eta besteren prostituzioaren esplotazioa zigortzeko Hitzarmenak eraginda, Espainian sistema abolizionista ofizialki ezarri eta finkatu zen, 1963eko Zigor Kodearen erreformaren bitartez; proxenetismoa, rufianismoa eta lokuzio-hirugarrengotza zigortzen zituen. Ondoren, lehenengo aldiz, 1989ko Zigor Kodeak bere egitura aldatu eta askatasun sexuala bildu zuen. Hala ere, 1995ko Kodearen bitartez egin zen aurrerago azalduko dugun ondasun juridikoaren babesa eraginkor. Izan ere, 16/1970

Legeak - abuztuaren 4koa, arriskugarritasunari eta gizarte-birgaitzeari buruzkoa- ezarri zuen sistema debekatzaila erauzi zuen (Tascón, 2020, 8-9 or.) eta prostituzioan aritzen ziren emakumeen askatasunean (Tascón, 2020, 11 or.) aurrerapauso bat izan zen. Aipatu beharra dago, 188. artikuluan beste norbanako bat prostituzioan jardutera behartzea zigortu zuela (Rodríguez, 2015, 109 or.). Hau da, prostituten penalizazioaren arazoa ekidin nahi izan zen eta zigorra autodeterminazioa eta askatasun sexualaren urraketaren kasuetarako erreserbatu zen (Heim, D., & Bodelón, 2010, 77-78 or.). Beste hitz batzuetan, 1995. urtean, sexu-askatasuna bildu zenean, autodeterminazioaren aurkako erasoak ez ziren jokabideak Kodetik at utzi ziren; proxenetismoa, zakarkeria eta hirugarrengotza lokatiboa, hain zuzen (Fernández, 2020, 21-22 or.).

Agerikoa da, XX. mendeko azken Kode honek, egun indarrean dagoenarekin antzekotasun nabariak dituen lehen araua dela; adin nagusiko prostituzioaren tipifikazioan bortxa, engainua eta beharizana txertatzen direlarik. Hala ere, lanaren aztergaia den proxenetismo ez hertsatzailea at uzten du, sexu askatasunaren aurkakoa den portaera moduan ulertzen ez duen heinean.

2003ko irailaren 29ko 11/2003 Lege Organikoak, herritarren segurtasuna, etxeko indarkeria eta gizarteratzearen ingurukoa, proxenetismoaren tipo penalean berrikuntzak eragin zituen: hertsapenezkoan bitarteko bideak gehitzeaz gain, biktimaren baimena txertatu eta ondoren zehaztasun gehiagoz azalduko dugun lanaren aztergaia den proxenetismo ez hertsatzailea gorpuztu zen. Kodeak Nazio Batuen pertsonen salerosketaren eta prostituzioaren esplotazioaren errepresiorako Hitzarmenean aurkitu zuen inspirazioa. Azpimarratzekoa da, zenbait teorikoen ustez, Petherson edo Juliano adibidez, hartutako neurri berriak prostituzioan aritzen diren emakumeen estigmatizazioa indartu zuela, emakumeek dagokien genero-mandatu bat betetzea bilatu baitzen zen (Heim, D., & Bodelón, 2010, 177 or.).

Ekainaren 22ko 5/2010 Lege Organikoak, erreforma ugari ekarri zituen parte orokor zein berezian; VIII. Tituluari aurrerago aztertuko dugun sexu-ukigabetasuna gehitu zitzaion. Era berean, aipatzekoa da, erreforma honen bitartez pertsonen salerosketaren delitua tipifikatu zela (González Tascón, 2020, 10 or.). . 2015eko martxoaren 30eko 1/2015 Lege Organikoaren bitartez egindako eguneraketan, V. Kapituluako 187. 1 artikuluko bigarren paragrafoari, delitua existitu zedin, esplotazioa gorpuzten zuten bi supostu zerrendatu zituen biktimaren egoera ahulari erreferentzia egiteko – egun ere dirautena-. Modu honetan, proxenetismoa bere horretan zigortzetik aldendu eta prostituzioan aritzen ziren emakumeen esplotazioaren kasua tipifikatu zen, betiere, haien

aktibitate onura jasotzen bazen (Muñoz Conde, 2021, 255-257 or.). Hau da, ez ditu proxenetismo-forma guztiak zigortzen, baizik eta, 5.2 puntuan jorratuko den esplotazioa dagoeneko supostua bakarrik; zenbait kasutan, akademian irabaziko-esplotazioren izena ematen zaio batzuetan. Gainera, Zigor Kodek 187.1 artikuluko proxenetismo hertsatzailearen askatasun gabetze zigorra, bi urtetik lau urtera artekoa izatetik bi urtetik bost urte artekora eraldatu zen, isun berbera mantenduz (Cabanes Ferrando, 2019, 205-206 or.).

Azkenik, aipatzekoa da 2021eko ekainaren 4ko 8/2021 Lege Organikoaren bitartez, Kodeko adingabeen prostituzioari buruzko 188 eta 189 artikuluetan aldaketak egin direla. Eta, egun ere Espainiako Kongresuan eztabaidagaia den objektua dela prostituzioa eta honi egin beharreko arauketa. Aitzitik, PSOEk prostituzioa independenteki arautzeko Lege proposamena onartu da; horren bitartez, proxenetismoaren forma guztiak zigortu nahi dira.

Atal honetan azertu berri den legez, beraz, prostituzioaren inguruko delituen arauketak aldaketa ugari jasan ditu urteetan zehar, prostituzioaren kontzeptuaren aldakortasuna eta momentuko gizartearekiko duen harreman estua agerian utziz. Legegileak tipoaren bitartez babesten duen ondasun juridikoa horren isla garbia da, ondorengo 4.1 atalean aztertuko denez. Honela, nahiz eta XIX eta XX. mendeetan prostituzioaren arauketaren aldeko joera behatu, 1962ean Lake Success-en Hitzarmena sinatu zenetik, erreforma ezberdinek erakusten dute Espainiako legegileak eredu abolizionista jarraitu duela, prostituzioa zigortzearen aldeko joera agerian uzten delarik. Bestalde, 2003ko erreformaz geroztik legegilea egun indarrean dagoen proxenetismo ez hertsatzailearen figura gorpuzten joan da. Hurrengo ataletan azalduko dira tipifikazioak sortutako eztabaidak eta zalantzak. Hala ere, lehenik eta behin, prostituzioa arautzen duten tipoek gorde beharko lituzketen eskubideei buruzko iritziei zertzelada azkarra emango diegu; izan ere, tipoaren existentzia justifikatzen duten elementuak dira.

3.3 -Prostituzioari buruzko eztabaida: babestutako oinarritzko eskubideen ikuspuntutik

Egungo sistema juridikoak, norbanakoen eskubideak zerrendatu eta hauek babesteko arauzko eta juridikzio bermeak biltzen ditu; horrela eraikitzen da Zuzenbide Estatu sozial demokratikoa – Espainiar Konstituzioko 1.1 artikulua-. Lege Gorenaren 9.2. artikulua bitartez, Botere Publikoek ordenamenduko balio nagusiak aintzat hartu beharko dituztela biltzen da;

azpimarragarriena berdintasuna da, ordenamenduko printzipioa izateaz gain, eskubidea ere badena – Espainiako Konstituzioko 14 artikuluan-.

Aztergai dugun objektuari erreferentzia zuzena egite aldera, aipatzekoa da, nahiz eta Estatu sozialak eskubide eta bermeen formalizazio eta aitorten garrantzitsua lortu, oraindik ere, urrats garrantzitsuak egin behar dituela, juridikoki eta sozialki diskriminatuak izan diren gizarte-sektore ahulenen - “kolektibo ahulak” bezala ezagunak- eskubideak bermatzeko. Zalantzarik gabe, hauen artean, prostituzioan aritzen diren emakumeak aurkitzen dira.

Prostituzioan borondatez aritzen diren emakumeen eskubideak eta haien babesa ikuspuntu oso ezberdinetatik ulertzen dira, instituzioa arautzeko ereduaren eskutik doan ahala. Izan ere, alde batetik, prostituzioa arautzearen alde daudenek, Espainiako Konstituzioko 14. artikuluko berdintasuna, sexuagatiko diskriminaziorik ezaren printzipioarekin batera, eta 17. artikuluko askatasuna -askatasun sexualari erreferentzia zehatza eginez- tartean jartzen dituzte; emakume hauen eskubide sexualak aldarrikatzen dituzte; hain zuzen, sexu-harremanak izateko askatasuna, emakume izanagatik sistemak esleitzen dizkien mandatuarekin apurtzeko. Hauen ustez, Estatuak eskubide horiek zuzenean aitortu eta prostituzioan aritzen diren emakumeentzako bermeak zehaztu beharko lituzke (Lorenzo Rodríguez-Armas, 2008, 254-257 or.). Edo beste hitz batzuetan, prostituzioan aritzen diren emakumeek, aktibitatea aurrera eramanez ahala, kolokan ikus daitezkeen eta norbanako izanagatik dagozkien oinarriko eskubideak babesteko, Estatuan garatu eta izan beharko lituzkeen tresnen alde egiten dute.

Era berean, tartean dauden eskubideen bigarren bloke bat aurkezten dute arautzaileek: Konstituzioko 35. artikuluko lan egiteko eskubidearekin batera, 41. artikuluko laguntza-eskubideak eta gizarte-prestazioak eta 43. artikuluko osasunerako eskubideak gorpuzten dute. Beraz, langile-estatusa aitortzearen aldekoak dira, ondoren zehatzago aztertuko dena, lan-baldintza duinak eta horretatik eratortzen diren gainerako eskubideak bermatzeko; pobrezia, marjinalizazioa, botere-abusua eta esplotazioa ekiditeko soluzioa planteatzen dute (Maqueda Abreu, 2009, 95-96 or.). Honenbestez, prostituzioaren aktibitateari lan izaera eta, beraz, prostituzioan aritzen diren emakumeei langile statusa esleitzearen alde daude; Zuzenbide Estatu Sozialak bermatzen dituen eskubideen babesa forma eraginkorrago batean egingo bailitzateke, ilegalitateak eta alegialitateak aurkezten dituzten arazoak gainditzeko. Honela, ordenamendua inspiratzen duen Espainiako Konstituzioko 10.1. artikulua biltzen duen duintasunaren figura

gorpuztu eta indartuko litzateke, bortxaezinak diren eskubideak errespetatu eta norbanakoek garapen askea bermatuko bailitzateke.

Hala ere, aipatu beharra dago, prostituzioa arautzearen eta prostituzioan aritzen diren emakumeei eskubideak bermatzearen soluzioak, praktikan muga garrantzitsuak dituela; behinik behin, prostituzioan aritzen diren emakumeen gehiengo nabarmena emakume immigranteak direlako eta gehienetan egoera irregularrean egon ohi direlako, estatuen babes-eremutik at, alegia (Maqueda Abreu, 2009, 99-102 or.).

Eredu abolizionistak, bestalde, duintasunaren aukakotzat hartzen du prostituzioa. Izan ere, hauen ustez emakumea ez da modu libre eta boluntarioan prostituitzen, baizik eta indarraren, beharraren eta genero-sare trinko baten bidez, horrek kulturalki, sozialki eta ekonomikoki gizonaren nahien zerbitzura jartzen baitu. Honela, kontratuzko harremanaren existentzia guztiz ukatzen du (Llanos, 2021, 91-92 or.). Hau da, prostituzioan aritzen den emakume oro egoera zaurgarrian dagoela presumitu eta borondatea biziatuta dagoen aburukoak dira. Beharizan egoerak prostituzioan aritzera behartu dituen aldeko tesia aurkezten dute, emakumeak bere gorputza eta duintasuna gizonaren eskuetan jartzen duelarik. Hortaz, abolizionistek eskubide ororen aurkakoa portaera moduan aditzen dute prostituzioa. Aitortu behar da, azken prostituzioan aritzen den emakumearen irudi estigmatizatuan oinarritzen duela bere teoria, honen borondatea alde batera utzita, premia eta egoera zaurgarrian daudela aurre suposatzen baitu.

Ondoren erakutsiko da Espainiako legegilea ideologia azken hau dela, proxenetismo ez hertsatzailearen arauketa behatuta prostituzioan aritzen den emakumearen onarpena alde batera uzten baitu, honen askatasun-sexualaren babesa behatuta.

4. Zigor Kodeko 187. artikulua

Prostituzioari buruzko delituak Zigor Kodeko 2. Liburuko VIII. Tituluan “Sexu-askatasunaren eta sexu-ukigabetasunaren aurkako delituak” kokatuta daude, V. Kapitulan “Prostituzioari eta adingabeen usteltzeari buruzko delituak”. Tituluaren izenak adierazten duen ondasun juridikoa atal honetan aztertuko dugu, aurrerago jada aipatu dena. Eta hau babesten duten delituen zerrenda luzea bada ere – klasikoak eta berriak- aztergai dugun objektuan zentratuko gara; hain zuzen, 187. artikuluan.

Tituluari buruzko zehaztasun batzuk ematearren, azpimarratzekoa da zazpi kapitulutan antolatuta dagoela – 178 eta 194 artikuluen bitartean-; bakoitzak modalitate bat arautzen du. Lehenengo eta bigarren kapituluetan, adibidez, sexu-erasoei eta sexu-abusuei buruzko delitu klasikoak biltzen dira, hurrenez hurren. Bestalde, teknologia berrien erabileraren hedapenarekin arrisku berriak sortu dira informazio pertsonala partekatzean; 2010eko erreformaren bitartez 183.1 ter artikuluan *groominaren* delitua eta 2015ean 183.2 ter artikuluan *sextingari* buruzko delitu berriak bildu dira. Historiaren atalean argi geratu da lan honen aztergaia tradizionalagoa dela; hala ere, Espainian eztabaidak dirau.

Titulu honen izenburuak adierazten duenez, kapitulu guztiek euren artean duten elementu komuna babesten duten ondasun juridikoa da – subjektu aktiboa adinduna edo adingabea den arabera sexu-askatasuna edo -ukigabetasuna izango da-. Ondorengo puntuan, proxenetismoaren tipoen existentzia justifikatzen duen ondasun juridikoa definitu aurretik, sexu-ukigabetasunaren nondik-norakoak zehartuko ditugu .

Arestian aipatutako moduan, 1999. Lege Organikoaz geroztik, VIII. Tituluko izenburuan bigarren ondasun juridikoari aipamen zuzena egiten zaio - sexu-ukigabetasunari, alegia - sexu-askatasuna ez duten norbanakoak babestu nahi direlako; edo beste hitz batzuetan, sexu-askatasunaren aurkako delitu gisa azal ezin daitezkeen supostuak bildu nahi dira. Hots, adingabe edo babes berezia behar duten desgaituen aurkako sexu-delituetan, subjektu pasiboak askatasun-sexualaren titularrak ez direnez, ukigabetasunaren bitartez babesten dira- adingabeen behin-behinean eta ezgaiak behin-betikoz-. Izan ere, ordenamendu juridikoak sexuan euren portaerak erabaki eta zehazteko autonomiarik ez dutela ulertzen du.

Horrela, Kodeak gizarteak adostu eta onartu duen pertsona hauen ukigabetasuna zaintzen du, esleitu zaien izaera zaurgarriagatik: sexu-esparruan, nork bere burua zehazteko gaitasunaren bitartez, determinazioz erabakitzeko gai ez direnak gerizatzen ditu. Zehazki, adingabeen kasuan, etorkizuneko askatasunaren babestea, edo hobe adierazita, nortasunaren bilakaera eta ohiko garapena gordetzen ditu, heldutan sexu-portaera askatasunez erabaki dezaten; eta desgaien kasuan, ordea, sexu-desirak asetzen dituzten hirugarren pertsonen sexu-objektu gisa erabiltzea saihesten ahalegintzen da Legea (Muñoz Conde, 2021, 215-216 or.).

Azken finean, Kodeak, VIII. Titulu honetan, adingabetasun eta gaitasun elementuen arabera antolatzen ditu tipo penalak; alde batetik, adin nagusikoak eta gaiak, ondorengo puntuan

zehaztasunez aztertuko den askatasun-sexualaren ondasun juridikoaren bitartez babestuak; eta, bestalde, babes berezia behar duten adingabe eta ezgaien tipoak, ukigabetasun-sexualak gordetzen dutenak.

4.1 Babestutako ondasun juridikoa: askatasun sexuala

Tituluak eta baita aztergaiak gordetzen duen ondasunari hainbat orrialde eskaintzea erabaki kontzientea izan da, delituaren inguruko eztabaidaren abiapuntuetako bat izan baitaiteke; hain zuzen ere, egungo egoera sakontasunez ulertzeko ezinbestekoa deritzogu hau ondo definitzea. Gainera, hurreratze historiko laburrak eztabaidagaiaren izaera liskartsua mahaigaineratzeko erabiliko dugu; izan ere, Kodeko beste delituek ez dituzte horrenbesteko zalantzarik sortu.

Hortaz, sexu-askatasunak biltzen duen edukia azaldu baino lehen, aipatu beharra dago -laneko 3.2 atalean azertu denez-, historikoki delitu sexualen esparruko araudiak ez duela egun babesten duen ondasun juridikoa gorde. Aitzitik, lehendabiziko aldiz, ekainaren 21eko 3/1989 Lege Organikoak bildu zuen askatasun sexualaren elementua.

Espainiako lehen Kodetik, 1822koa, sexu esparruan norbanako guztien – emakume zein gizonen - askatasuna babestetik urruti, emakumeen zintzotasuna edo onestasuna behatzen zen, gizartea horren aurkako portaeretatik babesteko; morala, pekatua eta zigorra elkarren artean identifikatu eta nahasten ziren. Izan ere, zintzotasunaren babesaren bitartez, momentuko gizarte-ordena gordetzen zen.

Gizarte-ordena horren oinarria ondorengoa zen: emakumeen identitatea sexuagatik esleitutako zereginen arabera zehaztu -genero-rolak- eta gizarte-statutsa gizonezkoarekin ezkondata – bere “jabetzaren” parte izanik- ondorengoak izateagatik definitzen zen. Hau da, emakumeen identitatea egoera zibilak determinatzen zuen; gizonezkoena, ordea, lanbideak edo gizarte-trebetasunak. Ezkontza-egituratik at kokatzen ziren emakumeak egoera irregularrean zeuden eta arriskutsutzat hartzen ziren. Izan ere, ezkontzatik kanpoko sexualitatea onartezina zen; momentuko moralitasunaren aurkakoa (Asua Batarrita, 1998, 3-4 or.).

Horregatik, arau penalak emakumeen zintzotasuna gordetzen zuen: emazteak senarrari sexu-esklusibotasuna eta ondorengotza bermatzeko, alegia. Horrela, ezkontzatik at emakumeak baimendutako edo ez baimendutako sexu-harremanek bizitza espektatiben urratzea zekartzaten;

gizarteak gaitzesten zituen. Azken finean, familiaren egituraren barnean, morala eta ohiturak babesten ziren.

Gauzak horrela, lanaren objektuari erreferentzia egite aldera, momentuko ordenean prostituzioan aritzen ziren emakumeak emazte, eta, beraz, zintzoak ez zirenez, ordenamendu juridikoaren babesetik at zeuden. Aitzitik, ohorea ez zutela ulertzen zen eta ezin ziren bortxaketa-delituaren biktimak izan. Egia da jurisprudentziak erakusten duela kasu oso bakanetan supostua onartu zela; hala ere, soilik indarkeria basatia zegoenean babestu zen emakumea – bortxaketa eta erailketa ematen zirenean-. Zenbait adituen ustez, zintzoa ez zen emakume baten aurkako sexu-erasoa derrigortze-delitutzat baino ezin zen jo (Asua Batarrita,1998, 13 or.).

XX. mendeko amaierako ondasun juridiko babestuaren aldaketaren helburua aztergai dugun esparruko zigor-instrumentua, beste arrazoi batzuen artean, laiko bihurtzea izan zen - kultura patriarkalean erlijioak duen pisuagatik-; zehazki, 1978ko Konstituzioak ezarritako baloreak oinarritzat hartuz, nagusia zen moral-sexualaren kontzeptua alde batera utzi zen; modu honetan, tipo penaletan islatzen ziren familia-interesak, zentzu hertsian ulertutako ezkontza-interesak eta ezkontza-itxaropenen babesa erabat baztertu ziren (Goenaga Olaizola,1997, 96-97 or.). Erreforma honek, beraz, delitua ondasun juridiko babestuaren aurkako portaerarekin identifikatu zuen eta, ez, ostera, gizarte-konbentzionalismoen arabera jarri moralarekin (Mallent, 2021, 43 or.). Hau da, generoaren arabera bereizitako gizarte-rol eta -itxaropenen esleipena gainditu zen: emakumearen askatasunaren mugatzeak gorpuzten zuen zintzotasuna babestetik, guztiz kontrakoa gordetzera igaro zen; hain zuzen, askatasunaren aurkako portaerak zigortzera (Asua Batarrita,1998, 20 or.).

Horrela, 1995. urteko erreformaz geroztik, Kodeko VIII. Tituluak, adin nagusien eta gaiak diren norbanakoen sexu-askatasuna babesten du. Modu orokorrean, gizakiak sexualitatearen esparruan autonomiaz determinatzeko duen ahalmenari egiten dio erreferentzia, betiere, bulkada beneralarekin, kitzikapenarekin eta asebetetzearekin lotutako jardueren eremuan.

Sexu-askatasuna, momentu oro, norberaren gorputza erabilita, gustukoena den sexu-aukera hautatu eta praktikatzeko datza: alderdien adostasunez laguna hautatzeko aukera; nahi ez diren proposamenak baztertzeko askatasuna; eta, balizko erasoak saihesteko aukera (González Cussac & Vives Antón, 2016, 172 or.). Edo, beste hitz batzuetan, norberaren sexualitatea eta gorputzari buruz erabakitze askatasuntzat hartu daiteke sexu-askatasuna, babes penala behar duen ondasun

juridikoa gorpuzten duen heinean (Muñoz Conde, 1991, 11 or.). Hortaz, sexualitatea egikaritzeko askatasuna eta esparru horretan erabakitzeko autonomiari dagokion intimitatea babesten bada ere, xedea erabakitzeko ahalmena da eta , ez ordea, gorputza (Asua Batarrita,1998, 39 or.).

Hortaz, askatasun pertsonalaren esparruan, haren edukia autodeterminazio sexualak beteko du, sexu-aukera askea oztopatzen duten jokabideak zigortzen diren heinean. Horregatik, ondasunak bi alderdi babesten dituela aipatzen da doktrinan: alde batetik, alderdi positiboak pertsonak bere ahalmen sexuala askatasunez erabiltzea behatzen du; eta, bestalde, dimentsio negatiboak gizaki orok, baimenik gabe, pertsona batek sexu-testuinguruan ez inplikatzeko duen eskubide besterenezinari egiten dio erreferentzia (Monge Fernández & Parrilla Vergara, 2020, 82 or.).

Bestalde, aipatu beharra dago, autore askoren aburuz Titulu honek gordetzen duen sexu-askatasuna ez dela babestutako ondasun juridiko bakarra. Izan ere, adin nagusikoen sexualitatearen esparruan, pertsonaren duintasunak eta nortasunaren garapen askerako eskubideak berebiziko garrantzia dute. González Cussacek Auzitegi Gorenaren jurisprudentzia aztertuz ondorioztatzen du sexu-askatasunaren aurkako delituek subjektu pasiboaren duintasunaren aurkako portaera ere badakartela, norbanakoa objektu huts gisa erabiltzen baita; haren intimitatearen aurkakoak ere badira, jasaten dituen portaerek izarena pribatua duelako; haren ongizate psikikoaren aurkakoak, nahi ez den haurdunaldiaren arriskua edo sexu-transmisioko gaixotasun baten kutsatzearen arriskua baitakarte, nahasmendu psikologikoekin batera (Mallent, 2021, 44 or.). Ildo beretik, Muñoz Condek ere bat egiten du arestian aipatutako ideiarekin eta Kodeari kritika egiten dio, askatasun eta ukigabetasun sexuala ez baitira Tituluan jasotako delituek gordetzen dituzten ondasun juridiko bakarrak (Monge Fernández & Parrilla Vergara, 2020, 81 or.).

Zigor Kodeko VIII. Titulu honetan biltzen den adin nagusikoen prostituzioari erreferentzia zehatza egite aldera, egun, Kodeko 187. artikuluan bildua, arauak duen kokapena aintzat hartuta, tipoak babesten duen ondasun juridikoa arestian definitu dugun sexu-askatasuna izan beharko litzatekeela pentsatzea logikoa da; dena den, kasu konkretu honi buruz ere, doktrinan zalantzak sortzen dira; norberaren ideologiaren arabera irtenbide bat edo beste bat ematen zaio.

Alde batetik, hertsapenezko proxenetismoari dagokionez, tipoak biltzen duen portaerak sexu-askatasunaren urraketa dakarrela argi baieztatu daiteke. Izan ere, nahiz eta beste pertsona batengan prostituzioa zuzenean eragiteak edo prostituzioan jarraitzea lortzeak berez garrantzi penalik ez izan, Kodeak sexu-askatasuna arriskuan jarri edo kaltetzeko elementu zehatz batzuk biltzen ditu.

Zehazki, delituaren existentzia bermatzeko, eta beraz honek babesten duen ondasun juridikoaren urraketa egoteko, Kodeak espreski ondorengoa eskatzen du: nagusitasun- edo biktimaren premia- edo zaurgarritasun- egoeraz baliatzea, indarkeria edo larderiaz aritzea eta, engainua eta abusua (Monge Fernández & Parrilla Vergara, 2020, 397 or.). Honela, zerrendaturiko elementuek subjektu pasiboaren borondatea zarrastatuko dutenez, Titulua inspiratzen duen ondasun juridikoa urratuko den zalantzarik ez dago. Beste hitz batzuetan, existitzen ez den baimen edo adostasunaren aurrean legegileak portaera zigortuko du (Díez Ripollés, 2000, 75 or.).

Bigarren paragrafoan biltzen den proxenetismo ez hertsatzailearen tipifikazioak, ordea, arazoak sortzen ditu babestutako ondasun juridikoaren inguruan. Izan ere, biktimak esplotatua izateko adostasunik emango ez balu, askatasun-sexualaren babesaren beharra agerikoa litzateke; sexu-esparruan subjektu aktiboak subjektu pasiboaren borondatea urratuko luke eta Zigor Ordenamenduak esku hartu beharko luke. Kontrako kasuan ordea, hau da, prostituzioan aritzen den emakumeak esplotatua izateko adostasuna erakusten duenean, arazoak sortzen dira.

Arestian aipatutako supostuan tituluak babesten duen ondasunaren urraketa dagoela baieztatzen dutenek, prostituzioan dabilen adin nagusikoa den emakumearen benetako adostasuna baztertzen dute, hau benetakoa eta libre izatek urruti baldintzatua dagoela defendatzen baitute. Implizituki, ezintasunari eta egonezintasunari erreferentzia egiten diote. Auzitegi Gorenak ere ildo honi jarraitu dio, arauak eremu sexualean prostituzioan aritzen den emakumearen benetako autodeterminazioa eta borondatezkotasuna urratuta dagoela duela argudiatzen baitu. Adostasunaren atalean sakontasun gehiagorekin ikasiko da proposamen hau.

Aldiz, legegilearen irtenbidearen aurka azaltzen direnek, askatasuna ordenamenduko bermea dela gogorarazten dute. Ius puniendi bidez, Estatuak ezin duela eskubidearen titularrak diren pertsonen interesen eta borondatearen aurka hura arautu eta bere edukia murriztu, gizarte-sistemaren funtzionaltasuna oztopatzen duelako. Gainera, figuraren trataera honek sexu-lanean aritzen diren pertsonak estigmatizatzen dituela defendatzen dute (Ramírez, 2016, 199-203 or.).

Muga horri aurre egiteko, doktrinan eta jurisprudenzian eztabaida sakonak sortu eta gero, artikulua aurkezten duen hutsuneari erantzun ezberdinak eman zaizkio eta horiek dira ondorengo lerrootan labur aipatuko direnak.

Alde batetik, autore batzuen aburuz askatasunez prostituzioan aritzen denari irabazitako onura osorik edo zati batean kentzen diona, jorratutako tipoa aplikatu beharrean, ebasketa, lapurreta, iruzurraren bitartez zigortua izan beharko litzateke.

Beste baten kontura, borondatez, prostituzioa dihardutenei, nagusiak ezarritako neurriak abusuzkoak direnean, lan-eskubideei kalte egiten dietela uler liteke – Zigor Kodeko 311.1º y 312.2 artikuluetan bilduak-; izan ere, lan-eskubideak ezabatu edo murrizten direlakoan daude. Hau da, sexu-askatasunak adostasunez aurrera eramandako sexu-egitateak zilegitzat hartzen dituenek, ezin liteke ulertu artikulua biltzen duen supostuan horren urraketa legokeenik. Ordea, tipoaren esplotazioaren elementuan oinarrituta Zigor ordenamenduak beste erantzun bat eman lekieke, lan-arloko zein ondarearen arloko elementuekin harremanetan jarritz; betiere, subjektu pasiboaren adostasuna bada, noski (Anglí, 2017, 9-13 or.). Hala ere, aurrerago aztertuko da aukera hau.

Bestalde, badaude, begirada atzera bota eta, tipoak sexu-morala babesten duela defendatzen dutenak - ordena sozialak ezartzen duen norbanakoek sexu-senaren muga bezala definituta: -. Hauek, proxenetismo ez hertsatzailea hirugarren baten prostituziotik etekina ateratzea immorala eta etikaren aurkakotzat hartzen delako zigortzen den ideiare eusten diote, giza-duintasuna babestu nahi duten heinean.

Proposamen honen kutsu baloratibo edo subjektiboa beste mota batzuetako esplotazio eta irabaziak baimenduta dauden ideian oinarritzen da, hala nola, jatetxe, taberna edo supermerkatuetakoa; horrek agerian uzten du legegileak portaera hau zigortzean duen kutsu morala. Horregatik, doktrina zientifikoaren teoriko askok sexu-morala ondasun juridikotzat hartu ezin daitekeela defendatzen dute, atzetik balorazioa baitago; eta ez hori bakarrik, kaltegarritasun printzipioaren eta giza-duintasunaren aukakoa ere badelako (Ramírez, 2016, 204-209 or.).

Arestian aipatutako guztia laburbiltze aldera, sexu-askatasuna sexu-delituetan babestutako ondasun juridiko gisa finkatzea zalantzarik gabeko aurrerapena izan da, helburua sexualitatearekin lotuta zeuden rol-kultural-tradizionalak haustea izan zelako. Dena den, agerikoa da, lan honen objektu den Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoak babesten duen ondasun juridikoak zalantza eta eztabaida luzeak sortzen dituela, ondorengo atalean sakontasunez aztertuko diren esplotazioa eta adostasunaren elementuetan oinarrituz. Doktrina zientifikoak planteatzen dituen soluzioek hutsuneak eta ziurgabetasuna eragin dezaketela agerikoa da, sexu-ekintzatik aldentzen diren heinean. Horrela, agian, legegileak delitua Kodeko beste lekuren batean kokatu

beharko luke, edo ondasun juridiko ezberdin bat esleitu beharko lioke, segurtasun juridiko eza eta norbanakoen eskubideen kaltetzea ekiditeko.

Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoan tipifikatutako hertsapenezkoa ez den prostituzioaren elementuak deskribatu eta azaldu baino lehen, artikuluko bereko lehenengo paragrafoan tipifikatzen den hertsapenezko prostituzioa deskribatuko da ondoren, 187.3 artikulua nolakoa garrantzitsuenak azaltzearekin batera; duten kokapenagatik, aztergai den tipoarekin zuzenean harremanetan daudela ulertzen baita.

4.2 Zigor Kodeko 187. artikuluko tipo penalak

4.2.1 Hertsapenezko prostituzioa: 187.1 artikuluko lehenengo paragrafoa

Hertsapenezko prostituzioa tipifikatzerakoan, Zigor Kodeak 187.1 artikulua lehenengo paragrafoan ondorengoa ezartzen du:

1. Norbaitek, indarkeria, larderia edo engainua erabiliz, edo nagusitasun-zein beharrian-egoeraz nahiz biktimaren zaurgarritasun-egoeraz abusatuz, adin nagusiko pertsona bat prostituzioan aritzera edo mantentzera behartzen bada, orduan, pertsona horri bi urtetik bost urte arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio, bai eta hamabi hilabetetik hogeita lau arteko isuna ere.

Kodeak, adin nagusiko pertsona bat prostituzioan aritzera edo prostituzioan jarraitzera behartzen duen portaera zigortzen du, betiere, subjektu pasiboa artikulua zerrendatzen dituen elementuen bitartez behartzen bada. Horregatik, delitu hau tipo misto alternatibo moduan eratu da; izan ere, bi komisio-modalitate biltzen ditu: alde batetik, prostituzioan aritzera behartzen duen portaera, eta bestalde, honetan mantentzera behartzen duena (Tascón, 2020, 16 or.).

Ondasun juridikoa definitzeko 4.1 atalean aipatuenez, babesten duena askatasun sexuala da, subjektu pasiboak 18 urte baino gehiago baititu; halaber, zeharka duintasun pertsonala ere gerizatzen duela behatu daiteke. Honela, biktimaren borondatearen aurkako portaera egikaritu beharko da, elkarren aurkakoak diren bi borondate existituko direlarik: prostituzioan aritzera

behartuta dagoen emakumearena, subjektu pasiboa, alegia, eta horretara behartzen duen subjektu aktiboarena. Honenbestez, zigorgabetasunaren eremua askatasunak ezartzen du.

Kodeak berak espreski biltzen ditu babestutako ondasun juridikoa arriskuan jartzeko edo lesionatzeko bitartekoak: indarkeria, larderia, iruzurra eta nagusitasun-, premia- edo zaurgarritasun- egoeraz abusatzea, alegia. Hau da, Kodeak subjektu pasiboaren adostasuna urratzeko bideak zerrendatzen ditu; izan ere, komisio bide guztiak biltzen ditu tipifikazioak. Harrigarria da arestian aipatutakoa, Tituluko delitu sexual klasikoek jarraitzen duten eskema apurtzen baitu artikulua. Hain zuzen ere, Zigor Kodeko 178. artikulua sexu-erasoak tipifikatzen ditu; horrek biktimaren adostasuna gainditzeko komisio-bide bi zehazten ditu: indarkeria eta larderia biltzen ditu. Zigor Kodeko 181. artikulua, ordea, sexu-abusuak definitzen du; borondatea gainditzeko indarkeria eta larderia ez diren gainerako komisio elementuek gorpuzten dute delitua. Beste hitz batzuetan, gaur egun oraindik indarrean dagoen Zigor Kodeak sexu-abusu eta -erasoak desberdintzeko komisio elementuen sailkapena egiten du. Hala ere, Zigor Kodeko 187.1 artikuluan logika hori apurtu eta denak elkarrekin biltzen ditu; guztiak izan daitezke proxenetismo hertsatzailearen komisio bideak. Agerikoa da, beraz, figura hau modu oso eta ziurrean araututa dagoela; izan ere, legegileak norbait prostituzioan aritzera behartzen duen delitugilea, edozein kasutan, zigortu nahi du.

Garrantzitsua da adieraztea, hala ere, ohikotasuna ez dela beharrezkoa artikulua aplikatu ahal izateko; bortxazkoa, bortitza edo prebalentziazkoa den portaera bakarrarekin nahikoa litzateke askatasun sexuala urratzeko. Hortaz, prostituzioaren arauko existentzia zehazten duen ohikotasunarengandik desberdindu behar da.

Hertsapenezko proxenetismoaren subjektu aktiboak izaera generikoa du; izan ere, aipatutako bitarteko hertsagarri, iruzurgile edo prebalentziazkoen bidez prostituzioaren egikaritzea bultzatzen duen edozein izango da: prestazio sexualaren hartzailea, bezeroa, inductorea, kooperatu duena edo sopikuna (Quintanar Díez & Zabala López-Gómez, 2021, 147-149 or.). Tipo penalaren elementu subjektiboa 1. mailako doloak bakarrik osatzen du, bestelako elementu subjektiboek portaeraren existentzian eraginik sortuko ez dutelarik (Tascón, 2020, 20 or.). Eta, bukatzeko, aipatzekoa da aztergaia den delitu honekin konkurtso erreala zein ideiala egin daitekeela; askatasun ambulatorioaren eragozpena existitzen denean, adibidez (Quintanar Díez & Zabala López-Gómez,

2021, 149 or.). Aitzitik, Kodeak hurrengo atalean deskribatuko den paragrafo espezifikoa dauka horretarako.

Laburbilduz, Zigor Kodeko 187.1 artikuluko lehenengo paragrafoak arauketa osoa eta hutsunerik gabekoa biltzen du, legegileak beste pertsona bat prostituzioan aritzera behartzen duen edozein zigortzen baitu; hau da, errealitatean eman daitezkeen egoera guztiak biltzeko, sexu-eraso eta -abusua tipifikatzerakoan aplikatutako logika apurto eta komisio bideak elkarrekin zerrendatzen ditu. Horrela, argi eta garbi baieztatu daiteke askatasun sexuala babesten duela.

4.2.2 187.3 artikulua

Zigor Kodeko 187. 1 artikulua aplikagarritasuna aztertuta, agerikoa da, askotan beste delitu batzuekin batera ematen dela; biktima prostituzioan aritzera behartzen denean, prostituzio hertsatzailearen biktima bilakatzen da eta, ondoren, prostituzioaren baitan behartutako sexu-harremanak izanik, sexu-erasoaren biktima. Egoera horri irtenbide argia eta zehatza emateko tipifikatu zen 187.3 artikulua. Hurrengo ezartzen du:

Adierazitako zigorrak kasuan-kasuan ezarriko dira, prostituitutako pertsonaren aurka egindako sexu-eraso edo -abusuei dagozkien zigorrei kalterik egin gabe.

Legegilea prostituzioaren esparruan bi delitu eman daitezkeela aitortzen dago; bakoitzak askatasun-sexualaren urraketa independentea gorpuzten du. Beraz, artikulua honek arau konkurtsala ezartzen duela esan genezake (Pérez, 2022, 216 or.). Errealitateari erreferentzia zehatza egite aldera, Pozuelo Perezek Auzitegiek sortutako jurisprudenzia aztertuta, ondorioztatzen du prostituzioan aritzen den borondatearen kontrako harreman-sexualak 187.1 artikulua baitan kokatu dituztela; hau da, ez dute delituen areko konkurtsorik egiten, elkarrekin ulertzen baitituzte bi portaerak. Biktima babesgabe uzten dute interpretazio honen bitartez. Beraz, badirudi autore honek errealitatean 187.3 artikulua hau aplikatzen ez dela aitortzen dagoela, epaileak portaera bakartzat hartzen baititu prostituzioan behartu izana eta sexu-erasoa; hau da, sexu eraso gorpuztu dezaketen elementuak 187.1 artikulua baitan kokatzen ditu.

Doktrinak, bestalde, egoerak desberdintzeko bi irizpide proposatzen ditu: alde batetik, biktima behartzen duen sexu-egintzan indarkeria eta larderiaren erabileraren izaera orokorra edo partikularra; eta, bestetik, komisio bitartekoen eta nahi ez den sexu-harremanaren arteko

berehalakotasuna (Pérez, 2022, 217-218 or.). Agerikoa da, doktrinak ere tipifikazioak proposatzen duen irteerari buruzko zalantzak dituela, bi supostu planteatu behar izan baititu portaera bakarra edo bi diren ezberdintzeko.

Hortaz, nahiz eta legegileak prostituzioan aritzen den emakumearen askatasun sexuala babesteko ahalegina egin, agerikoa da praktikan zailtasunak aurkezten dituela, portaera orok duen sexu-izaeragatik. Hala ere, oinarrizko eskubide eta askatasunak oinarri, bi portaera ezberdintzat hartzeko bidea seguruagoa dirudi; bi portaerek babesten duten ondasun juridikoa birritan urratu eta birritan gordeko litzatekeelako.

4.2.3 Hertsapenezkoa ez den prostituzioa: 187.1 artikuluko bigarren paragrafoa

Irailaren 29ko 11/ 2003 Lege Organikoaren bitartez txertatutako helduen prostituzioari buruzko delitu honek, ondorengo erreformatan aldaketa izan eta gero, egun indarrean dagoen Zigor Kodeko 187.1. artikuluko 2. paragrafoak ondorengoa ezartzen du:

Bi urtetik lau arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio, bai eta hamabi hilabetetik hogeita lau arteko isuna ere, beste pertsona baten prostituzioa esplotatuz irabaziak lortzen dituenari, nahiz eta horren adostasuna izan. Nolanahi ere, esplotazioa dagoela ulertuko da honako inguruabar hauetakoren bat gertatzen denean:

A) Biktima zaurgarritasun pertsonaleko edo ekonomikoko egoeran egotea.

B) Baldintza astunak, neurrigabeak edo abusuzkoak ezartzea jarduera gauzatzeko.

Arrisku abstraktuko delitu honen zigorren larritasuna eta aplikazioaren zabaltasunagatik doktrinan oso kritikatu izan da. Izan ere, biltzen duen supostu bat adostutako onura ekonomikoari buruz ari da. Gainera, zabalegia den esplotazioaren terminoan oinarritzen da, nahiz eta “nolanahi ere” horren bitartez, legegileak egoera zehazteko ahaleginak egin dituen (Quintanar Díez & Zabala López-Gómez, 2021, 150 or.).

Auzitegi Gorenak sortutako jurisprudenziaren arabera, prostituziotik eratorritako irabazi orok ez dakar berez delitu horren existentziarik; hau da, prostituzioan irabaziko esplotazioa ez da beste baten prostituziotik dirua jasotzen den kasu guztietan emango. Auzitegi Gorenak azaroaren 10eko 1171/2009 sententzian Latinoamerikatik emakumeak ekartzen zituzten eta bidaiaren zorra ordaintzeko prostituzioan jardutera behartzen zituzten bi pertsona epaitzen dira; nahiz eta zorra

ordaindu arte prostituzioaren jardunean lortzen zuten %100 jaso, hori kitatu eta gero zerbitzuan lortutako %50 kentzen zieten emakumeei. Bigarren egoera horren ildotik, ondorengo ezarri zuen haren bigarren oinarri juridikoan:

“No toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requiere una mayor gravedad, en los términos que se mencionan a continuación. Así en las Sentencias de esta Sala, 450/2009, de 22 de abril, y 445/2008, de 3 de julio, entre otras, se declara que la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena.”

Auzitegiak, beraz, komisio bideetan kokatzen du portaeraren larritasunaren parametroa, proportzionaltasun printzipioari errespetua gordetzeko. Horrela, beste baten prostituziotik etekina jasotzeko alde batetik, indarkeria eta larderia eta, bestetik, engainua alderatzen ditu. Segurtasun juridikoa aintzat hartuta, atal honetan ez baina aurrerago aztertuko diren baldintza batzuk ezartzen ditu Auzitegi Gorenak.

Gauzak honela, ondoren, tipoa gorpuzten duten elementuen azterketa sakona eta praktikan eman dituzten arazoen azterketa egingo da. Zehazki, Zigor Kodeko 187.1 bigarren paragrafoa artikuluko adostasun eta esplotazio kontzeptuek interpretazioan zalantzak sortzen dituztenez, doktrinak eta jurisprudenziak hauek zehazteko egindako ahaleginak aztertuko dira hurrengo lerroetan.

5. Egoera definitzen duten elementu gatazkatsuenak:

5.1. Adostasuna

Ezer baino lehen, aipatu beharra dago adostasuna sexu-askatasunaren kontrako delitu guztien muina dela; VIII. Tituluko delituen existentzia determinatzen du. Funtsezko elementua bada ere, historian zehar jurisprudenziak interpretazio ezberdinak eman dizkio haren esanahiari, izaerari eta elementuei. Azken urteotan, adibidez, adostasunaren interpretazioa aldatu eta malgutu da. Izan ere,

egiturazko-ezberdintasuna dagoen esparruetan, emakumeek eman dezaketen adostasuna gainditzeko bitartekoak zehaztu nahi izan dira¹. Horrela, larderia eta nagusitasun egoeren ezberdintzeari aurre egin zaio; Auzitegi Goreneko maiatzaren 25eko 447/2021 sententzian zera ezarri zen:

“La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en casos límite, como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente coartada en su capacidad de decidir libremente. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo decisivo es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente”.

Ildo beretik, Auzitegiak 2019ko urriaren 14ko 462/2019 sententzian, gizartea hunkitu eta mugiarazi zuen La manadaren kasu entzutetsua epaitzen duena, ondorengo ezarri da:

“ No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas.”

Agerikoa da, Auzitegiek adostasunaren esanahia hedatu dutela; subjektu pasiboari adostasunaren urraketa egiaztatzeko agindua kendu eta aktiboaren portaerari eta inguruabarrei erreparatzen baitzaie egun. Horrela, ohikoa da, sexu-portaera aurrera eramaterakoan onarpena baliogabetzea, emakumearen adierazpen espresurik ez badago ere; izan ere, inguruabarrek epaileari subjektu

¹ Indarrean dagoen Zigor Kodeak komisio-bideen araberako sailkapena egiten du; hain zuzen, 178-180 artikuluek sexu-erasoa deskribatzen dute, indarkeria edo larderia erabileran oinarrituz; eta, indarkeria edo larderiari gabe, 181-182 artikuluek sexu-abusuak zehazten dituzte.

pasiboaren adostasuna benetakoa edo askea ez dela aditzera eman diezaiokete – ingurumen larderia-.

Egitateen interpretazio horrek, ordea, zigor-arloko esparru askotan emakumeen borondatearen autonomia malgutzen eta bortxatzen ari den iritzia sortzen du doktrinan. Hertsapenezkoa ez den prostituzioaren tipifikazioak ere eztabaida hori plazaratzen du; testuinguru jakin baten ondorioz erabakitze askatasunik ez dagoela ondorioztatzen duelako legegileak (Anglí, 2022, 91-94 or.); hala ere, adostasunaren elementua espreski biltzeak zalantzak sortzen ditu, ondoren aztertuko den moduan. Ika-mika hezurramitzen duten iritzia ulertu ahal izateko, ordea, adostasunaren definizioari erreparatu beharko diogu lehenengo.

Estatuko legegileak ez du adostasunari buruzko definiziorik ematen, honen irismena zehazten ez duen moduan. Hala ere, auzitegiek ondorengoa ezarri dute: onarpena emateko gaitasuna duen norbanakoak sexu-ekintza batean parte hartzeko hitzez edo hitzik gabe egiten duen akordioa da adostasun-sexuala.

Nazioarteko araudian, bestalde, Istanbulgo Hitzarmenak argibidea bildu: adostasunak portaera atipiko bihurtuko du; adostasunaren urratzeak sexu-erasoa gorpuztuko du. Espainian, ordea, arestian aipatutako komisioren arabera delituen sailkapena egiten da sexu-erasoa eta -abusua ezberdintzeko. Hala ere, epaileek, gutxinaka, nazioarteko joera besarkatzen ari dira; horren adibide argia da maiatzaren 14ko Auzitegi Goreneko 145/2020 sententzia², adostasuna gainerako

² Horretan, hiru gizonezkoek edari alkoholduen kontsumoengatik gaitasun kognitiboak gutxituta zituen emakume baten bortxaketa epaitzen da. Auzitegiak ondorengoa ezartzen du haren bigarren oinarri juridikoan, biktimaren jarrera epaitzerakoan:

“4.- Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que "no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer", sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas, que es lo que aquí ocurrió con la presencia de los tres recurrentes.5. - Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de ésta última. 6.- No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual de que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como "consentimiento", ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual "consentida", como ha reiterado esta Sala. 7- No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer.”

elementuegandik gailendu eta hau espreski eta askatasunez ematen dena baino ez kontuan hartzen. Ildo beretik, botere legegileak ere bi delituen arteko ezberdintasuna ezabatzearen alde egin du sexu-askatasunaren berme integralari buruzko 121/000062 Lege Organikoaren proiektuan. Gainera, adostasuna definitzeko proposamena biltzen du, doktrinan jada eztabaida ugari sortu dituen.

Edozein modutan, egun indarrean dagoen Espainiako Sexu-Zuzenbideko arau orokorra da biktimak baimena ematen ez duen guztietan jokabide tipikoa izatea, kausa-efektuari jarraiki (Corcoy Bidasolo, 2015, 669-672 or.); beste hitz batzuetan, adostasunaren existentziak determinatuko du portaeraren zigorgabetasuna. Horrela, 187.1 artikuluan, adibidez, arestian aipatutako logika orokorra jarraitzen du; adostasuna eta, beraz, sexu-askatasuna urratzeko bide aproposak zerrendatzen baititu.

Lanaren aztergaia den 187.1 artikuluko bigarren paragrafoan, ordea, legegileak onarpenari egiten dion lanketa ezberdina da; prostitutak adostasuna eman edo ez, esplotazioa beti zigortzen du. Eta prostituzioan aritzen den emakumearen adostasunaren tratamendu honek zalantza ugari sortzen ditu. Izan ere, agerikoa da, kasu honetan adostasunak ez duela tipikotasuna zehaztuko. Horrek hainbat galdera sortzen ditu: zer dela-eta hartzen du legegileak prostituzioan aritzen den emakumearen adostasuna baztertzeko erabakia? Benetakoa ez den adostasuntzat hartzen du? Edo, onarpena emateko gaitasunik ez duen aldeko iritzia du?

Hertsapenezkoa ez den prostituzioaren tipoak biltzen duen adostasunaren izaera zehazterako bidean, ondorengo Auzitegi Gorenak emandako epai bat aztertuko dugu. Sententziak prostituzio-etxe baten jabe zen eta hau lagundu zuen beste gizon bat zigortzen ditu: izan ere, Paraguitik bi emakume ekartzen dituzte “casa de citas” batean lan egiteko. Emakumeek proposamena onartzen dute prostituzioan jardun beharko luketela jakin gabe. Espainiara heltzen direnean gizonezkoek zorra kitatzeko prostituzioan aritzera behartzen badituzte ere, alde egiten dute. Testuingurua behin aztertuta 2010eko abenduaren 1ean, 1155/2010 sententzian, Auzitegi Goreneko Zigor Arloko Bigarren-Salak zera ezarri zuen 4. Zuzenbide-oinarrian.:

“En realidad de lo que se trata es de constatar la existencia de un consentimiento viciado en la medida en que el sujeto activo se aprovecha directamente de las dificultades ajenas, lo que implica un vínculo de subordinación derivado de la situación de la víctima. De esta forma cabe incluir en la tipicidad del segundo inciso, cuando se den estas condiciones, el

llamado proxenetismo no coercitivo, pero en principio quedarían fuera de la misma la denominada «tercería locativa» o el denominado «rufianismo», cuando existe una situación de igualdad y consentimiento abierto.»

Epai hau irakurrita, garbi dago baldintzatutako adostasunaren tesiaren alde egin zuela epaileak legegilearen bazterketa justifikatzeko; izan ere, onarpena lortzeko, proxeneta prostituzioan aritzen den emakumeen zailtasunez eta mugez baliatzen dela ulertzen du. Horrela, nagusitasun-egoerak baliogabea bilakatzen du adostasuna eta, horregatik, tipoak portaera zigortzeko arrazoiak aurkitzen ditu. Hau da, arestian aipatutako egitatei jarraiki, emakumeek jatorrizko herrialdean lan-baldintza prekarioak, soldata urriak, familiaren edo ezagunen laguntza eza zituztela aipatzen du sententziak zaurgarritasun egoera baieztatuz. Eta proxeneta adostasuna lortzeko horretaz baliatu dela agerian uzten du Auzitegiak. Horregatik baliogabetzat kalifikatzen du adostasuna.

Beste hitz batzuetan, subjektu aktiboak subjektu pasiboaren ahulezia-egoeraz aprobetxatuko da honen prostituzioa esplotatzeko onarpena jasotzeko; horrek ez-zilegi penala gorpuztuko du, askea ez den adostasuna baita -baliogabea-, askatasun-sexuala urratzen duena, alegia. Azken finean, Auzitegi Gorenak urtarrilaren 9ko 661/2003 epaian argi adierazi zuen: *“es indiferente que la víctima explotada consienta que otro se lucre, pues su consentimiento está viciado”*.

Edozein egoeratan prostituziotik eratorritako irabaziaren zigorgarritasunaren bazterketari eta baldintzatutako adostasunari erreferentzia eginez, 2014ko martxoaren 11n, Auzitegi Goreneko Zigor Salak arestian aipatutako kasuen oso antzekoa epaitzeko ebazpena eman zuen; kasu honetan, Nigeriatik zetorren emakume bat bidaian sortutako zorra ordaintzeko prostituzioan aritzera behartzen dute. Horrela, Auzitegiak emandako 188/2014 sententzian, haren bosgarren oinarri juridikoan, proxenetismo ez hertsatzailearen delituaren existentzia zehazteko hurrengo irizpideak ezarri ziren:

“Para que así acontezca es indispensable que concurran, con carácter general, las siguientes circunstancias: a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. [...] Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP

[...] b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.”

Epaiak argi uzten du muina zaurgarritasun egoeraz baliatuz biktimaren sexu-esplotaziotik etekina lortzea dela, hau behin baino gehiagotan ematen bada. Subjektu pasiboaren autodeterminazioa galtzeko egokia den portaera tipikoaz ari da Auzitegia, biktimaren borondatea gainditzeko gai dena: subjektu aktiboak nagusitasun-egoeratik abantaila hartuta hertsapenez jarduten duen supostua da, subjektu pasiboaren sexu-jarduerari buruzko erabaki askeak baliogabetzen dituen (Rubio, 2015. 88 or.). Azken finean, proxeneta eta prostituzioan aritzen den emakumearen artean botere-harremana existitzen dela hautematen du auzitegiak.

Irtenbide honek, ordea, zalantzak sortu ditzake tipoaren aplikazioan. Izan ere, Auzitegiaren lehen irizpideak – a) - 187.1 artikuluan biltzen den hertsapenezko prostituzioak zerrendatzen dituen bitarteko berdinak zehazten ditu. Hau da, epaileak subjektu aktiboa indarkeria, larderia, engainua edo nagusitasun-abusuaren edo haren premia- edo zaurgarritasun-egoeraz baliatzeko baldintza ezartzen du delitua existitu dadin. Eta bitarteko horiek 187.1 artikulua dituen elementu berberak dira. Horrela, hertsapenezkoa ez den proxenetismoa eta hertsapenezkoa dena nahastuta daudela ulertu daiteke. Gainera, bi artikuluen arteko subsidiarotasuna ere urratzen da, biak termino berdinetan ulertzen baititu eta ez, ordea, bata bestearen osagarri.

Ildo horretatik, Zaragozako Entzutegi Probintzialak, urriaren 28ko 46/2010 sententziak³ adierazi zuen, besteak beste, Zigor Kodeko 187.1. artikulua biltzen dituen bi portaerak elkarrekin ulertzen zituela, arestian aipatutako “adostasunez onartutako” esplotazioak zentzua izan dezan. Beste hitz

³ Zaragozako Entzutegi Probintziala. 46/2010 sententzia. 2010eko urriaren 28koa. Ildo bera landu da Auzitegi Gorenak, uztailaren 3ko 4188/2008 eta apirilaren 22ko 3072/2009 epaietan ere.

batzuetan, 187.1 artikuluko bi parrafoen subsidiarotasuna onartzen du. Zehazki ondorengoa ezarri zuten: *“dos conductas típicas, las cuales han de ser interpretadas, en determinadas circunstancias que así lo requieran, en coherente relación entre ambas, ya que, de lo contrario, y en principio, según el párrafo segundo del inciso primero, al existir dicha voluntariedad, se excluye el sentido de “explotación””*. Entzutegiak aditzera ematen du, beraz, delituaren oinarrian hertsapena egongo dela. Baldintzatutako adostasuna subjektu aktiboak biktimaren gain hertsapena egikaritzean gorpuztuko da, eta honek portaera tipikoaren existentzia ekarriko du.

Auzitegiek Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoan baldintzatutako adostasunaren eta oinarriko hertsapen egoeraren alde egitean, ulertzen da ez diotela, zentzu hertsian, subjektu pasiboari erabakitzeke ahalmena ukatzen; izan ere, portaeraren oinarrian hertsapena egotea eta horrek adostasunean duen eraginean justifikatzen dute euren onarpenaren deskalifikazioa; ez ordea, legegileak emakumeari egotzi dakizkiokeen ezaugarri propio edo pertsonaletan. Adostasuna ematen duen indarkeria- eta nagusitasun- egoerak dira legegileak adostasuna baztertzeko dituen arrazoiak, hau benetakoa izatetik urruti, baldintzatua eta urratua dagoela ulertzen baitu. Beste hitz batzuetan, subjektu pasiboari egotz dakizkiokeen ezaugarriei erreparatu ordez, esplotazioa ematen den inguruabarrak aztertzen direla hauteman daiteke; honek puntuaren hasieran azaldutako adostasunaren esanahiaren hedapenarekin bat egiten duela agerikoa da.

Tipoa irakurtzerakoan, hala ere, borondatezkotasuna ukatzen denez – abiapuntutzat prostituzioan askatasunez aritzearen aurkako jarrera hartuz-, legegileak bigarren paragrafoan tipo hau deskribatzeko arrazoiak ez daude argi. Alde batetik, adostasunaren elementua biltzen badu ere, baztertzen duelako. Hau da, legegilea adostasuna baliogabea den hipotesitik abiatzen denez, ulergaitza da hau espreski bildu izana, betiere honen existentzia ukatzen baitu. Gainera, ondasun juridikoaren ikuspuntutik ere arazoak sortzen dira, tituluak askatasun sexuala babesten duenez, printzipioz, adostasunak portaeraren zilegitasuna baitakar. Hortaz, Titulua inspiratzen duen logika erabat apurtzen du. Bestetik, artikuluko lehen parrafoan bildutako hertsapenak baitakar portaeraren tipikotasuna; horrela bi artikuluko bata bestearengandik oso gertu kokatzen dira eta segurtasun juridikoa kolokan jartzen da. Hain zuzen ere, aztergai dugun artikuluko lehenengo paragrafoak pertsona bat prostituzioan aritzera behartzea zigortzen bada ere, susmatu daiteke, horretatik etekin ekonomikoa ateratzeko egiten duela. Horrela, lehenengo eta bigarren paragrafoek

oinarrian hertsapena dutenez, badirudi antzeko portaera zigortzen dutela; hortaz, bigarren tipoaren existentzia zalantzarria da.

Hertsapena ez dagoen gainerako kasuak, ordea, Zigor Ordenamendutik at kokatu dituzte auzitegiek. Biktimak benetako adostasuna eman eta portaera ez da tipikoa izango, nahiz eta beste baten konturako prostituzioa izan; Auzitegi Gorenak martxoaren 6ko 195/2007 sententziako bigarren oinarri juridikoan ezarri zuena kasu: *“No se puede dictar resolución condenatoria por este delito, toda vez que en el caso en ella enjuiciado, las mujeres que trabajaban en el Club X ejercían la prostitución de forma libre y voluntaria. Norabide berdinean, apirilaren 14ko 425/2009 epaiko bigarren oinarri juridikoan eman zuen: “la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores, puede ser considerada como una actividad económica, que no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético- sociológicas”.*

Bi epaiak irakurrita, ondorioztatu daiteke subjektu pasiboaren borondatea urratu edo baldintzatu ditzaketen elementuak ez badaude, epaileak adostasuna benetakoa dela ulertu eta portaeraren zilegitasuna adieraziko duela. Honek ere agerian uzten du tipoaren idazkera nahasia dela; orokorrean, adostasunari buruz ari baita, honi buruzko zehaztapen gehiagorik eman gabe.

Labur aipatu behar dugu badagoela doktrina zientifikoaren sektore bat baldintzatutako adostasunaren teoria ukatzen duena. Zehazki, legegileak tipoaren deskribapenean biktimaren baimenari buruzko klausula bat sartzea erabakitzen duenean, baliozkoa den adostasunari buruz ari dela defendatzen dute, kontrako kasuan, tipoan espreski onarpena biltzea alferrikakoa izango bailitzateke. Baldintzatutako adostasuna zuzenbidearen begietan ez denez existitzen – ez du inolako baliorik-, legegileak portaera hau zigortzeko beste arrazoi bat duela pentsatzen dute: hirugarren batek askatasunez aurrera eramandako prostituziotik etekin ekonomikoaren lorpena zigortzea, alegia. Irtenbide honek, berriz, muga garrantzitsu bat aurkezten du; delituak babestutako ondasun juridikoari eta tipoaren kokapenari buruzkoan, hain zuzen. Artikulua sexu-askatasunaren eta -ukigabetasunaren aurkako delituei buruzko tituluari gordeta dagoenez, kontraesana sortzen du adostasunaren interpretazio honek, biktimaren sexu-askatasunaren urraketarik existituko ez litzatekeen heinean (Fontán, 2011, 31-35 or.). Hau da, prostituzioan aritzen den emakumea askatasunez eta borondatez aritzen dela ulertzen bada, haren aktibitateetik etekina lortzea zigortuz,

legegileak tipoak babestutako ondasun juridikoa eta haren kokapena berrikusi beharko lituzke, ezin baita askatasun-sexualaz hitz egin.

Laburbilduz, pertsona orok eduki sexuala duten egintzak aurrera eramatea erabakitzeke eskubidea du; eta, egintza horiek guztiz zilegiak dira. Ordea, adostasunik ez dagoenean edo baimena akastuna denean Zigor Ordenamendua tartean sartuko da (Lamarca Perez (coord.), 2015, 186 or.). Eraso- eta abusu-sexualen kasuan, eta sexu-askatasunaren kontrako delitu guztietan, subjektu aktiboak subjektu pasiboaren borondatea gainditu eta portaera aurrera eramaten du; subjektu pasiboaren borondatearen kontra egin eta hau urratzen du, hain zuzen ere. Ordea, hertsapenezkoa ez den proxenetismoaren tipifikazioa ezberdina da. Honek biltzen duen adostasunaren izaerak zalantzak sortu eta sortzen jarraitzen ditu, bai jurisprudenzian eta baita doktrinan ere.

Hedatuena dagoen tesia, prostituzioan aritzen den emakumearen baldintzatutako adostasunaren ingurukoa da, baina muga garrantzitsuak ditu; nagusitasun egoera oinarri, hertsapenezkoa den proxenetismotik oso gertuko figura izanik, delitu konkretu horren existentzia zalantzan jartzen da. Auzitegi Gorenaren interpretazioari jarraiki, biziaturako adostasunaren oinarria hertsapenezko egoera izango da, subjektu aktiboak 187.1 artikuluko lehenengo paragrafoan biltzen dituen komisio bide berdinak erabiliko baititu subjektu pasiboaren prostituziotik etekina lortzeko. Horrela, bi artikulua subsidiarioki ulertzeko zailtasunak sortzen dira, azken finean, biek oso antzeko portaerak zigortzen baitituzte. Era berean, tipifikazioak adostasunaren figura bildu eta zuzenean baztertzeak ziurgabetasuna dakar; alde batetik, idazkera bera nahasia delako; bestetik, tipoa irakurrita, Tituluak babesten duen ondasun juridikoaren urraketa ematen ez dela aditu daitekeelako.

Ziurgabetasun honen aurrean, agerikoa da legegileak muga horiei lehenbailehen aurre egin behar diela. Horretarako, agian, tipoaren kokapena aldatu beharko luke, tituluaren logika orokorra apurtzeaz gain, segurtasun juridikoa kolokan jartzen duelako. Gainera, hertsapenezkoa den prostituziotik aldentzeko beste paragrafo batean arautzea egokia izan liteke.

Zehazgabetasun horri aurre egiteko, seguruenik, 2015eko Lege Organikoak baldintzatutako adostasun horren existentzia bermatzeko bi supostu bildu zituen, gako den beste elementu batekin batera ulertu behar dena; esplotazioarekin bat, alegia.

5. 2 Sexu-esplotazioa

Indarrean dagoen Zigor Kodeak esplotazioaren terminoa, esplizituki, arlo orotariko artikulutan biltzen du: enpresen edo ondasunak esplotatzen dituzten aseguratzaileen erantzukizun zibila ezartzen duen 117 artikuluan; gizakien trata arautzen duen 177 bigarren paragrafoa artikuluan; adingabe eta ezgaien prostituzioa eta sexu-esplotazioa zigortzen duen 188 artikuluan; jabetza intelektualaren aurkako delitua tipifikatzen duen 270 artikuluan; animalien kontrako delituak ezartzen dituen 337 artikuluan, besteak beste. Eta, noski, lanaren aztergaia den 187.1 artikuluko bigarren paragrafoan. Ezaguna den langileen aurkako delituen esparruan, XV. Tituluak arautzen duena, ez dago hitza zuzenean bilduta. Hala ere, egoera horri erreferentzia egiten dioten beste elementuak irakurri daitezke. Arestian aipatutako kasu guztietan, ez da kontzeptuari buruzko definiziorik ematen; hau da, kontzeptuaren edukia zehaztugabea da.

Dena den, legegileak, askatasun sexualaren esparruan, honek sor zezakeen segurtasun falta dela eta, esplotazioa zehazteko esfortzua egin zuen 2015eko Lege Organikoaren bitartez; hain zuzen, proxenetismo ez hertsatzailearen tipifikazioan. Hala ere, gaur egun haren edukiari buruzko zalantzek eta eztabaidek jarraitzen dute.

Aztergai dugun arloan, agerikoa da esplotazioa ez dela termino berria. Aitzitik, esplotazio sexualaren kontzeptua 1950an, martxoaren 21eko Nazio Batuen Konbentzioan, hasi zen indarra hartzen eta, nahiz eta hau definitzeko ahalegin ugari egin – etekinarekin identifikatzea, adibidez- haren edukia zehazkabe utzi zen.

Harrez geroztik, jurisprudentzian terminoaren gaineko eztabaidek jarraitzen dute. Akademiatik eta feminismo-abolizionistatik hainbat ahalegin existitu dira kontzeptua mugatzeko; haien ideologiari jarraiki, esplotazioa edozein erabilgarritasunaren lorpena zen: pertsona batengandik sexu-plazerra, etekin-ekonomiko eta -finantzarioa edo beste motatakoa lortzea. Honela, esplotazioa, sexu-askatasunaren urraketa egon edo ez, etekinaren lorpenaren sinonimotzat hartu zen.

Espainiako ordenamenduan hertsapenezkoa ez den prostituzioa txertatu zenean, 2003. urtean, aldiz, doktrina zientifikoaren aldetik, oso kritikatu izan zen abolizionisten proposatutako interpretazioa jarraitzea; esplotazioa beste pertsona baten prostituzioak sortutako irabazi ekonomiko soil gisa ulertzea, alegia (Quintero Olivares, 2012, 9 or.) . Gainera, auzitegiek, hasieran, tipoaren interpretazio ezberdinak egin zituzten, segurtasun juridikoa kolokan jarri

zutelarik: interpretazio hedakorra – prostituzio hertsagarria ez izan arren, hirugarren batek abusuzkoa ez den onura lortzen zuen kasuak zigortuz- eta murriztailea (Anglí, 2017, 9 or.). Azkenean, tipoaren interpretazio murriztailearen alde egin zuten auzitegiek eta doktrina zientifikoak; portaera tipikoa izan zedin, onura gehiegikeriaz edo hertsapenez lortzeko baldintza ezarri zen. Horrela, ondasun juridikoa kaltetzea ez zekarten jokabideak saihestu eta, era berean, gehiegikeriazko debekuaren printzipioaren urraketa alboratu nahi izan zen (Orts Berenguer, 2010, 294 or.). Azken finean, segurtasun-juridikoa behatuta, kaltegarritasunari plusa eskatu zitzaion probetxua gehiegikeriaz lortzeko baldintza ezarrita (Villacampa Estiarte, 2012, 132 or.) tipoa aplikatzeko babestea zegokion askatasun sexualaren urraketa egon zedin.

Esplotazio kontzeptuaren interpretazio berriaren norabidean, Auzitegi Gorenak 2008ko maiatzaren 29ko sententzian, terminoa Espainieraren Errege Akademiako definizioarekin identifikatu zuen -abusuaren elementua biltzen baitzuen-, honakoa ezarriz: *“el término “explotar” viene a significar, según la Real Academia de la Lengua Española, utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”*. Nagusitasun egoera oinarri, beste pertsona batetik etekin propioa ateratzearekin identifikatu zuen esplotazioa Auzitegiak, beraz.

Urte berean, Auzitegi Gorenaren uztailaren 3ko 445/2008 epaia izan zen, kolokan egon zitekeen segurtasun-juridikoa gainditzeko, jurisprudenzia-bidea marratu zuena. Izan ere, proportzionaltasun-printzipioaren urraketa eragozteko, prostituziotik zetorren irabazi oro portaera tipiko moduan kalifikatuzetik urrundu nahi izan zen. Hain zuzen, sententziaren laugarren oinarri juridikoko bosgarren puntuan hertsapenezkoa ez den prostituzioaren ohiko esparrua zehaztea nahitaezkoa dela adierazten da; horrela, legegintzako irizpideek horretan laguntzen ez dutenez - indarkeria, larderia eta engainua ezberdintzen ez diren heinean-, esplotazioa egoteko - portaera tipikoa izateko - baldintzak zerrendatu zituen, Auzitegi bereko 552/2015 epaiko bigarren oinarri juridikoan, irailaren 23koa, ere laburrago bildu zirenak:

- “a) la obtención de algún beneficio económico de la prostitución de otra persona, que la ejerza en cada caso por propia voluntad, no es conducta que en sí misma constituya delito.*
- b) En el inciso segundo del art. 188.1º CP, el término “explotación” no debe tomarse en el sentido meramente económico (de puesta en producción de algún recurso apto para generar en el mercado un valor de cambio), sino solo asociado a la obtención de un lucro*

de las prestaciones sexuales de otra persona, que hubiera sido determinada, en el sentido de forzada o constreñida a prostituirse de alguno de los modos relacionados en el primer inciso. c) La ganancia, ya sea fija o variable, tendrá, pues, como fuente, alguna acción del género de las que acaba de aludirse. d) El receptor del beneficio obtenido por este medio ha de ser conocedor de la situación en que se halla la persona o personas que lo generan. e) Estas deberán hallarse identificadas”.

Hau da, proxenetismo ez hertsatzaileak beste baten prostituzioaren esplotaziotik edozein motatako etekina lortzea zigortzen du, horretarako abusua edo indarra erabilia. Beraz, onuraren iturria prostituzio bera izango da; jasotako onura esplotaziotik zuzenean eratorri beharko da eta esplotatzaileak jasoko du (Tomillo, 2015, 569 or.). Hala ere, delitua gauzatu dela ulertuko da, betiere, subjektu pasiboak horretarako benetako borondaterik ez badu; subjektu aktiboarekiko menpekotasun harremana badu. Eta ez hori bakarrik, subjektu aktiboa egoera horren jakinean egon beharko da. Hortaz, portaeraren tipikotasuna emakume baten prostituziotik etekina lortzetik urruti, zuzena eta printzipala den esplotazioak ekarriko du, menpekotasun-egoera batean ematen dena (Vitoria, 2018, 1108 or.). Azken finean, ez da prostituzio mota oro zigortzen, baizik eta prostituzioaren askatasuna eta duintasuna degradatzen duena, Zigor Kodeko 187.1 artikularekin bat ulertuta.

Aipatu beharra dago, Auzitegi Gorenak arestian aipatutako sententzian d) letran deskribatzen duen esplotatzailearen figura zehaztu duela, zalantzak sortu baititzake. Jada aipatutako Martxoaren 6ko 195/2007 epaian ondorengoa adierazi zuen auzitegiak: emakumea prostituzioan aritzera behartzen duena zigortzen den moduan - Kodeko 187.1 artikularen bitartez- hertsapen-egoera ezagututa – baina hau eragiten ez duena-, jardueratik etekina jasotzen duena ere zigortu behar da, oinarrian ezberdintasun egoera bat dagoen guztietan.

Gauzak honela, Zigor Kodeko 187.1. artikuluko bi paragrafoak ikertuta eta arestian aipatutako jurisprudenziaren supostu bat irakurrita, berriro ere hauteman daiteke bigarren paragrafoaren bitartez zigortu litekeen portaera lehen paragrafoarekin ere zigortzen dela. Hau da, emakume bat prostituzioan aritzera behartzen duen pertsonak - proxeneta hertsatzailea, alegia-, gehienetan, portaera prostituzioaren jardutetik irabazia ateratzeko aurrera eramaten du. Bi portaren oinarrian subjektu aktiboak zuzenean egikaritutako hertsapena dagoenez, argi eta garbi figurak euren artean nahastu eta segurtasun juridikoa kolokan jartzen da.

Hala ere, tipoaren justifikazioa hurrengoa izan liteke: hirugarren pertsona batek prostituziora behartutako pertsona baten jardunetik etekina jasotzea, betiere prostituzioan dabilen emakumea horretara behartuta dagoen jakinaren gainean badago. Argitu beharra dago honek ez dituela hirugarrenekin prostituzio hertsatzailearen delitua egiteko edo parte hartzeko adostasun edo akordiorik ez dagoeneko kasuak biltzen. Hain zuzen ere, hertsapenezko proxenetismoaren inductorea, beharrezko laguntzailea edo sopikuna, eta hirugarren batek askatasunez erabakitako prostituzioaren esplotaziotik irabazia lortzen duenaren ekintza tipo honetatik at gelditzen dira, izaeragatik hauek partaidetza graduaren arabera 187.1 artikuluko lehenengo artikulua bitartez zigortuko bailirateke (Tascón, 2020, 25-26 or.).

Beraz, bigarren paragrafoaren bitartez zigortzen dena hirugarrenaren prostituzioaren abusuzko erabileratik sortutako edozein irabaziren lorpena da. Aipatzekoa da, hala ere, artikulua existituko ez balitz, logikoa dirudiela hertsapenezkoa ez den prostituzioak deskribatzen duen portaera hertsapenezko prostituzioaren sopikun edo beharrezko laguntzaile gisa zigortu zitekeela, subjektu aktiboak subjektu pasiboaren menpeko egoera ezagutzen duelako eta horretaz baliatzen delako etekina jasotzeko.

Aurreko paragrafoan irtenbide bat planteatu bada ere, egun oraindik doktrina zientifikoan gorabeherak sortzen dituen gaia da delituaren subjektu aktiboa definitzea (Vitoria, 2018, 1091-1093 or.). Eta honen ildotik ere, proxenetismoak, rufianismoak eta irabazteko hirugarrengotzaren figuren nahastea dator (Rubio, 2015. 117 or.). Proxenetismo ez hertsatzaileari dagokionez, hedatuen dagoen aburuak etekina jasotzen duen pertsona oro subjektu aktibotzat hartzen du, betiere prostituzioan aritzen denarekiko menpekotasun egoera existitzen bada. Eta intuitiboena, artikulua tipifikazioa behatuta, doktrina zientifikoarekin bat egitea dela dirudi: prostituzioaren esplotaziotik etekina jasotzen duen edonor zigortzea, alegia. Hala ere, legegileak zehazteke duen gaia da hau.

Bestalde, Kodeak berak ere sexu-esplotazioa beste pertsona baten prostituzioaren irabazia lortze hutsarekin identifikatzea behin betiko gainditzen du. Izan ere, 2015eko erreformaz geroztiko tipifikazioak arestian deskribatutako abusuzko sexu-esplotazioa zigortzen du, ondoren zehaztuko diren a) eta b) paragrafoetan deskribatutako supostuetan oinarrituz (Quintero Olivares, 2012, 9 or.). Aipatu beharra dago Espainiako Gobernuak “*Sexu-esplotaziorako emakumeen eta neskatuen salerosketaren aurka borrokatzeko 2015-2018 Plan Integralean*” interpretazio murriztatzaile

honekin bat egin zuela. Agerikoa da, hortaz, gaur egun ohikoa den adiera dela Auzitegiek esplotazioari eman nahi izan diotena.

Garrantzitsua da azpimarratzea, bi portaera hauek parametrotzat erabilia, beste egoeraren bat ere interpretatu daitekeela esplotazio moduan. Hau da, delituaren idazmenean ezartzen denez, mendekotasuna eta gehiegizko baldintzak beti esplotazioa gorpuztuko badute ere, legegileak hauekin erlazionaturiko beste egoera batzuentzako lekua uzten du, “edozein modutan” esamondea biltzen baitu. Zabalik utzitako ate horrek ordenamenduan beharrezkoa den segurtasun juridikoa kolokan jartzen duela agerikoa da, zigor Legezketasun-printzipioaren zehaztasun edo ziurtasun aginduak betetzen ez direlako. Izan ere, nahiz eta ondoren aztertuko diren bi supostuen bitartez esplotazioa egoteko egoerak zehazten ahalegindu, tipifikazioak biltzen duen irtenbide zabalak beste egoera batzuei lekua uzten die. Horiek zerrendatuta edo ezaugarrituta ez daudenez, ulertu daiteke epailearen esku uzten duela legegileak egoera zehatz bat esplotaziotzat hartzeko erabakia; edo beste hitz batzuetan, epaile bakoitzak irizpide propioen arabera kalifikatuko duela egoera esplotazio moduan. Hortaz, soluzio bateratu eta finkoa ez den heinean, segurtasun juridikoaren aurkako eraso dela baieztatu liteke. Dena den, ulergarria dirudi Kodeak espreski biltzen dituen bi supostuak parametrotzat erabili ditzakeela epaileak portaerak edo hauen elementuak esplotaziotzat ulertzeko; hau da, maila eta izaera horretakoak izan beharko direla hauteman daiteke.

Edozein modutan, zeharkako borondategabetasun-presuntzioa indartzeko (Maqueda Abreu, 2009, 27 or.), esplotazioa egoteko tipifikatutako bi supostuak ondorengoak dira- prostituzioan dihardutenen askatasun faltaren elementutzat ulertuta-.

5.2.1 Mendekotasun -pertsonaleko eta -ekonomikoko egoeran egotea

Legegilea zaurgarritasun egoerari buruz ari dela ulertzen da; Auzitegi Gorenaren otsailaren 16ko 131/2007 epaian zaurgarritasuna honela definitu da: *“El concepto de "vulnerabilidad" equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”*. 187.1 artikuluko bigarren paragrafoaren kasuan biktimaren gutxiagotasun-egoeraz baliatzea, hain zuzen ere, arrazoi hierarkikoengatik, lan-arrazoiengatik, mendekotasun ekonomikoagatik, ahaidetasunagatik, adiskidetasunagatik... Gogorarazi beharra dago ezin duela

biktimaren adingabetasunarekin edo ezintasunarekin zerikusirik izan, horiek zigorra larriagotzeko arrazoiak baitira. Azken finean, desberdintasuneko, premia objektiboko edo ahultasun pertsonaleko egoeretatik eratorritako aurrebaliatze-egoerak dira zaugarritasun hau gorpuzten dutenak (Maqueda Abreu, 2012, 459-463 or.).

Elementu honek ere praktikan zalantzak sortzen ditu; legegileak prostituzioan aritzen den emakumea beti egoera zaugarrian egongo dela auresuposatzen du? Noiz existituko da zaugarritasun egoera? Ondoren aztertuko denez, Espainiako auzitegi eta epaitegiek irizpide ezberdin eta kontrajarriak erabili dituzte.

Alde batetik, 2014ko maiatzaren 27ko epaian, Bartzelonako Probintzia Auzitegiak Europako Parlamentuaren 14/2/26ko adierazpena, 11. puntu deklaratioan prostituzioan aritzen diren emakumeen deskribapena abiapuntu –behinik behin, arazoi sozial, ekonomiko, fisiko, psikiko, emozional eta familiarrengatik gizarte-bazterketa egoeran daudenak- prostituzioan aritzen ziren emakumeen zaugarritasuna aldarrikatu zuen, hura baitzen bizitzan zuten bide edo aukera bakarra:

“El aprovechamiento de las situaciones de dificultad de las personas, que estaban en situación vulnerable, y sometidas a condiciones de subordinación y control por los dueños y encargados de los Clubs, lo cual entiende este Tribunal, que encaja en el tipo penal, porque cuando no hay alternativa real, se está en situación vulnerable, y evidencia que se carece de una alternativa real y aceptable de vida que no sea el ejercicio de la prostitución en determinadas condiciones impuestas por quienes regentan los Clubs a las ordenes de los propietarios y socios del negocio que se explota”.

Hau da, subjektu aktiboak baldintzak ezarri eta haiek onartzeko, euren egoera pertsonalaz baliatu zela mahaigaineratzen du jurisdikzio organoak. Erabakia hartzeko moralaren eragina agerikoa da kasu honetan, auzitegiak gizartean hedatuta dagoen prostituzioan aritzen den emakumearen irudian oinarritu baitu erabakia; argi dago epaileak zaugarritasuntzat ahalik eta portaera gehien kalifikatu nahi dituela.

Interpretazio honen arabera, badirudi legegileak biktima, gehienetan, zaugarritasun egoeran dagoela kontuan hartu eta babestu nahi duela; hau da, prostituzioan ohikoa den emakume migratuen profila kontuan hartzen du: arazo ekonomikoak dituztenak, enplegurik gabekoak, familian eta gizartean deserrotuta daudenak, hizkuntza ezagutzen ez dutenak, erakundeen

baliabideak eskuratzeko aukerarik ez dutenak, hirugarren batekin zor handia dutenak, jatorrizko herrialdera itzuli ezin direnak. Modu honetan, bereziki sotila eta biktimak baimendutako esplotazioari erantzuna bilatzen dio tipo honen bitartez, zaugarritasunaren kontzeptua guztiz malgutuz. Beste modu batean esanda, sententziak jorratzen duen supostua babestu nahi du; prostituzioan aritzea aukera bakarra denean, eta beraz, benetakoa eta onargarria den beste irtenbiderik existitzen ez den kasua (Villacampa Estiarte, 2012, 27or). Aurreko puntuan definitu den benetakoa ez den baimenari buruz ari da, beraz, emakumea proxenetarekin zorretan dagoenean, familiari edo emakumeari min egiteko mehatxuak daudenean, paperak kentzen zaizkionean etb. (Daunis-Rodriguez, 2015, 12-13 or.).

Bestetik, kontrako norabidea hartu zuen Balear Uharteetako Probintzia Auzitegiak, otsailaren 18ko 20/2014 epaian, Auzitegi Goreneko 2005eko ekainaren 1eko sententzian oinarrituta : *“en relación al “abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima”, tiene señalado el Tribunal Supremo que en orden a acreditar la existencia de esa especial vulnerabilidad, debe quedar patentizada una disminución e importante merma en la posibilidad de ejercer una defensa eficaz frente a la acción [...]de que es objeto la víctima”*. Kasu honetan, nabaria den zaugarritasuna eskatzen da, askatasuna urratzen duen ekintza, alegia. Epailleak zaugarritasuna ezaugarri zehatzetan soilik dagoela aditzera ematen du, kontzeptuaren zabalera mugatuz. Epailleak sexuaskatasuna urratzeko adina den egoera edo elementu bat bilatzen duela ulertu daiteke, segurtasun-juridikoa ahalik eta hoberen babestu nahi duen heinean. Azken finean, epaileek edo auzitegiek kasu bakoitzean egiaztatu beharko dute biktimak prostituzioa jardutera behartuta dagoela. Ez da nahikoa, hortaz, irizpide orokorrak edo abstraktuak aplikatzea; aitzitik, biktimak beste aukerarik ez zuen kasuz kasu berretsi beharko da.

Errealitateari erreparatuz, egia da prostituzioan aritzen diren emakumeen gehiengoa zaugarritasun egoeran dauden emakume immigranteak direla; egoera administratibo irregularra, lana aurkitzeko zailtasunak eta gizartean babesgabe daudenak, alegia. Gainera, kasu gehienetan, bizi-baldintzak txartu egiten dira prostituzioan sartzen direnean (García, 2019, 22 or.). Egoera honen aurrean, agerikoa da estatuaren eskusartzea ezinbestekoa dela eta 187.1 artikuluko bigarren paragrafoan egin duen zehaztapena aproposa izan daitekeela, pertsona horien eskubideak ahalik eta hoberen babesteko. Hala ere, haiei soilik kentzen zaie adostasuna edo erabakiak hartzeko askatasuna, eta ez, ordea, gizartean integratuta dauden emakumeei. Horrek, historikoki prostituzioan aritu diren

emakumeei egin zaien estigmatizazioa indartzen du, erabakitzeko aukera kentzen baitie. Zaurgarritasunaren ondorioz, trata eta prostituzioaren arteko harremana estua dela ere hauteman daiteke ere, proxenetismoaren sinonimotzat hartuz (Anglí, 2022, 99 or.); hau da, tipifikazioak beti behartutako prostituzioaren sinonimoa ezarri ez ezik, figuraren atzean trata dagoela interpretatu daiteke eta honek arestian aipatutako estigmatizazioa gehiago nabarmentzen du.

Artikuluaren interpretazioan iuris et de iure presuntzio gisa jarduten duen irizpide edo arau orokor bat alde batera utzita, baldintza hori zantzu gisa baino ezin da erabili; hau da, beste batzuekin batera, menpekotasuna frogatzeko beste elementu bat bezala hartu beharko da, ordenamenduko segurtasun juridikoa kolokan jarri nahi ez bada (Daunis-Rodriguez, 2015, 114-116 or.).

Izan ere, Zigor Zuzenbidea inspiratzen duten printzipioei begilunea erakutsi beharko liokete epaitegi eta auzitegiek; hala ere, zaurgarritasunari adiera zabala ematen diotenek, emakume migratu eta txiroaren egoera edozein errealitateri estrapolatuta, segurtasun juridikoa urratzen dute. Horregatik, beharrezkoak diren bestelako elementuekin batera ulertu beharko lukete zaurgarritasuna.

Zigor Kodearen 187.1 artikuluko bigarren paragrafoaren helburua mendekotasun pertsonal edo ekonomikoko egoeran egoteagatik, esplotazioa-modu bereziki sotilak onartzen dituzten kasuei zigor-erantzuna ematea nahi diela legegileak. Hala ere, auzitegien interpretazio ezberdinek tipo penal honek arrazoi ezberdinengatik duen segurtasun juridiko falta indartzen du. Eta ez hori bakarrik, interpretazio zabalaren alde egiten dutenek, are gehiago urratzen dute ordenamenduko segurtasuna, beti emakumearen prototipo jakin batean inspiratzen baitira, supostu batzuetan existitzen ez dena.

5.2.2 Baldintza gogorak, neurrigabeak edo abusuzkoak inposatzea.

Lehenik eta behin, gogorarazi beharra dago legegileak supostu honen bitartez ere, subjektu pasiboaren zaurgarritasun egoerari egin nahi diola erreferentzia berriro ere; hau da, botere-harreman baten pean, adostasunez onartutako baldintza neurrigabeei, alegia. Hala ere, artikulua biltzen duen b) supostu honek, bai doktrinan eta baita jurisprudenzian ere, eztabaida sortzen du, prostituzioaren lan izaerari buruzko zalantzak sortzen baitira. Ika-mika orokorraren abiapuntua besteren konturako prostituzioa da, askea eta hertsapenik gabekoa dena.

Aztergai dugun hertsapenezkoa ez den tipoaren izenburua irakurrita, legegileak indarkeria horren existentzia alde batera uzten duela aditzen da, jurisprudentziak hori ukatu badu ere; bestalde, prostituzioan aritzen den emakumeak adostasuna eman dueneko kasua ere biltzen da. Eta gainera, horren jardueratik etekina jasotzen duen pertsona deskribatzen da, nagusia edo enpresaria izan litekeena. Hala ere, argi eta garbi, legegilea esplotazioaz hari dela azpimarratu behar dugu.

Ondoren, lan honen muina ez bada ere, prostituzioaren lan izaerarekiko dauden bi jarrerak deskribatuko ditugu; horrela, legegileak supostu hau tipifikatzeko justifikazioa aztertu ahal izango dugu. Horretarako, azken urteotan gaian garrantzitsuenak izan diren edo haren norabidea aldatu ahal izan duten epaiak izango ditugu oinarri.

Lehenik eta behin, Auzitegi Gorenak orain arte gehienetan prostituzioaren lan-izaera ukatu badu ere, aipatzekoa da alternearen kasuan hau onartu dutela⁴. Berriki emandako Auzitegi Gorenako 2021eko martxoaren 9ko 1338/2019 autoan, adibidez, Klub batean alterne-lana egiten zuen emakume baten kasua tratatzen da; honek, klubean lan egiteaz gain, bere nagusiak gela bat alkatatzen zion eta horretan sexu-harremanak izateagatik dirua irabazten du. Egitateak orokorrean deskribatuta alternearen eta prostituzioaren arteko talka egon litekeela ulertu daiteke. Auzitegiak, ordea, ondorengo ezarri du laugarren oinarri juridikoan:

“[...]la sentencia recurrida se parte de que las actividades de alterne y prostitución están perfectamente diferenciadas. La sentencia recurrida se centra en la actividad de alterne y tiene por acreditado que la actora desempeñaba tal actividad y tenía alquilaba una habitación en el propio establecimiento, desarrollando su actividad dentro del horario de funcionamiento de la discoteca y cumpliendo las instrucciones de la empresa demandada. Circunstancias que llevan a concluir que la actora está integrada en el ámbito de organización y dirección de la empresa.

[...]La relación con la actividad de alterne en locales o clubes, el contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art 1.1. ET (RCL 2015, 1654)), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta

⁴ AG 1991ko apirilaren 12ko epaia, AG 2004ko azaroaren 22koa, AG 2009ko apirilaren 14koa.

ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (art. 8.1 ET). (Por todas STS 3-3-1981 y 21-10-1987).”

Bi gauza ondorioztatu daitezke arestian deskribatutako jurisprudentziatik. Alde batetik, epaileak prostituzioa eta alternea era inpedientean ulertzen dituela; hau da, errealitateko kasu askotan elkarrekin ematen badira ere -alternea eta gero prostituzioa datorrelarik-, bien arteko desberdinketa nabaria egiten du. Bestetik, alterneari lan-harremanaren izaera esleitzen dio, betiere, bigarren paragrafo horretan zerrendatzen diren baldintzak betetzen badira; borondatezkoa, ordaindutakoa, enpresaren egituraren barrukoa eta beste baten konturakoa bada, alegia.

Gaiaren muina den proxenetismo ez hertsatzailean ematen den prostituzioari dagokionez, ordea, jurisprudentzia gehienak eta doktrina zientifikoaren parte batek aukera hori kategorikoki ukatu dute. Hirugarren batek prostituzioa esplotatu eta irabaziak ateratzea lan-kontratuaren objektua eta kausa ez zilegia dela ulertzen dute. Honen baliozkotasuna ukatzen dute, nahiz eta prostituzioan dabilen pertsonaren adostasuna izan; hain zuzen, funtsezko hainbat eskubide urratzen dituelako (Maragall, 2015, 3 or.).

Arestian aipatutakoaren ildotik, 3598/2004ko erregutze errekurtsioan, Galiziako Justizia Auzitegi Nagusiak ondorengo ezarri zuen hirugarren oinarri juridikoan :

“A mayor abundamiento, debemos aclarar que, a juicio de la Sala, son totalmente compatibles los argumentos utilizados en la sentencia de instancia sobre la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral.”

Kontratuaren ez-zilegitasuna, beraz, honen kausa eta helburutik eratorriko litzateke: prostituzioan jardutetik, hain zuzen. Izan ere, soldatapeko lana besteren konturako zerbitzuak ematea da, beste pertsona baten aginduen eta antolaketa pean; horrela, menpekotasuna eta besterentasuna prostituzioarekin bateraezinak dira, askatasuna eta duintasuna gorde nahi baitira. Berdintasunari ere aipamen txikia egin behar zaio, prostituzioan genero aldagai elementu erabakigarria baita. Hori guztiagatik, doktrinaren alderdi honek prostituzioaren lan izaera baztertzen du: oinarriko eskubideen urraketa gorpuztuko lukeelako, alegia.

Europar Parlamentuak ere, oinarrizko eskubideak abiapuntu, prostituzioaren lan izaera ukatzearen alde egin du; izan ere, 2014ko otsailaren 26ko ebazpenean, 36. puntuan sexu-esplotazioaren eta prostituzioaren eta genero-berdintasunaren elkar-eraginari buruz hausnartu zuen:

“Opina que considerar la prostitución como un «trabajo sexual» legal, despenalizar la industria del sexo en general y legalizar el proxenetismo no es la solución para proteger a las mujeres y las mujeres menores de edad de la violencia y explotación, sino que produce el efecto contrario y aumenta el riesgo de que sufran un mayor nivel de violencia, al tiempo que se fomenta el crecimiento de los mercados de la prostitución y, por tanto, el número de mujeres y mujeres menores de edad víctimas de abusos”.

Nazioarteko organoaren aburuz, beraz, prostituzioari lan izaera emateak emakumeen babesa indartzetik urruti, hauek indarkeria gehiago jasotzeko arriskua dago. Izan ere, prostituzioaren merkatua haztearekin batera, bertan aritzen diren emakumeen kopurua eta hauekiko abusua ere handituko lirateke; hau da, epai honek hartzen duen erabakia hartzeko prostituzioa indarkeria eta genero-mendekotasunarekin lotzen du.

Auzitegi Gorenak ideia honekin bat egin duen adibide argia da langile sexualen sindikatuak – erderaz, OTRAS- aurkeztutako kasua. Izan ere, 2018an Entzutegi Nazionalak proposatzen zuten estatutuen onarpena baztertu bazuen ere, Auzitegi Gorenak 584/2021 sententziako bosgarren oinarri juridikoan, 2021eko ekainaren 1ekoa, sindikatzeko baimena eman die langile sexualei. Hala ere, beste baten konturako prostituzioaren lan izaera aitortzea baztertu du, lan kontratuaren zilegitasuna aztertzea ez baita lan-jurisdikzioaren eskumenpekoa :

“Así como que, no resulta posible con arreglo a nuestro vigente Derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración, y el contrato que así se celebre debe reputarse nulo. La ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes (art. 1.275 C.C.), no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral.”

Hortaz, norbere kontura dabilen prostitutari sindikatzeko eskubidea aitortzen da eta, ez ordea, beste baten kontura dagoenari. Ildo beretik, Auzitegi Goreneko sententzia berdinean, haren seigarren oinarri juridikoan ondorengoa irakurri daiteke:

“La cuestión que se nos plantea es de pura naturaleza sindical, y en este sentido va a desarrollarse la presente resolución. Como premisas, por tanto, de nuestro análisis ha de quedar claro que: 1º) Unos estatutos sindicales no pueden determinar la legalidad (o ilegalidad) de cualquier actividad, correspondiendo esa tarea al legislador.”

Agerikoa da, beraz, epaileak sindikatuaren existentzia legala baieztatzen badu ere, argi utzi nahi duela prostituzioaren arauketarekin independente ulertu behar dela; hau da, prostituzioaren legezkotasuna – edo kontrakoa- legegilearen eskumenpekoa dela eta, beraz, hartutako erabakiak ez duela horretan eraginik izango. Azken adierazpen horretatik, ondorioztatu daiteke, Auzitegiak prostituzioa arautzeko Lege bati atea irekitzen diola; egungo errealitateak hipotesi hori baieztatzen du: ondoren labur azalduko den askatasun-sexuala bermatzeko Lege Organikoaren izapidetzak eta prostituzioa aratzeko idatziko den Legeak, hain zuzen.

Gauzak honela, aipatu daiteke doktrina zientifikoaren alderdi baten ustez, legegileak esplotazioaren existentzia bermatzeko bigarren supostu honen bitartez besteren konturako prostituzioaren lan-izaeraren bazterketa bilatzen duela. Izan ere, baldintza gogorak, neurrigabeak edo abusuzkoak inposatzea lan-erlazioetan ematen diren egitateak direnez, tipo honen bitartez hauek zigortzean, lan-ordenamenduaren eskusartzea ekiditen da. Beste hitz batzuetan, ulertu daiteke tipoa lan-eskubideen aurkako delituen esparrura estrapolatu daitekeenez, legegileak zigor arloan eta proxenetismo ez hertsatzailearen baitan bildu dituela prostituzioaren lan izaeraren eztabaida gainditzeko (Tascón, 2020, 30 or.).

Gogorarazi beharra dago prostituzioan aritzen den emakumeak askatasunez jarduten duen kasuari buruzko eztabaida dela auzitegiek eta doktrinak planteatutakoa, eta ez, ordea, borondate propioen aurka dabilenaren kasua. Izan ere, alde batetik, lan harremana ezaugarritzen duen ezinbesteko elementua da langilearen borondatea; hau da, langilearen borondaterik gabe lan harremana ez zilegi moduan kalifikatuko du lan ordenamenduak. Bestetik, zigor ordenamenduaren begietan, borondatearen gabeziak, 187.1 tipoak babesten duen askatasun sexualaren urraketa argia ekarriko du; horrela, artikulua aplikagarritasunari buruzko zalantzarik ez da sortuko. Dena den, proposamen honek hertsapenezko proxenetismoaren figurarengandik gertu kokatzen du

proxenetismo ez hertsatzailea, segurtasun juridikoa kolokan jartzen delarik; izan ere, menpekotasuna zehaztuko duen muga malgua da eta borondatearen elementua deskalifikatu liteke (Maqueda Abreu, 2009, 116-118 or.).

Badaude, ordea, esplotazioa egoteko bigarren supostu honen lan izaera defendatzen dutenak; lan-esplotazioaren tipifikazioa, alegia. Hau da, enpresa-egituraren barruan langileen eskubideen aurkako delituen bitartez zigortzen denaren analogoa, Zigor Kodeko 311. eta 312.2 artikuluen bitartean bildua. Ildo horretatik, eta Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoko a) suposatuekin erlazionatuta, Bartzelonako Auzitegi Probintzialak 2019ko irailaren 23ko 590/2019 sententzian, zera ezarri zuen:

“El hecho de que el empleado carezca de permiso de residencia no determina, por sí solo, la comisión del delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 del Código Penal. El tipo exige algo más. Es necesario que la prestación laboral se ejecute en unas condiciones perjudiciales para el trabajador con infracción de los derechos reconocidos por la ley, el contrato o por convenio colectivo tales como los que establece la STS 348/2017, de 17 de mayo: jornadas diarias de duración de 15 horas, ausencia de descanso dominical y vacaciones, falta de retribución en caso de enfermedad, etc. En este caso ni la jornada (8.30 a 14.30 horas de lunes a viernes) ni la retribución (670 € mensuales siendo el salario mínimo interprofesional de 655 €) puede considerarse explotación laboral.”

Lan esplotazioa dagoela ulertu ahal izateko beraz, langilearen zaugarritasunaren islatzat hartu daitekeen egoitza-baimena ez izateaz gain, langilearen eskubideak urratzen dituzten baldintza kaltegarriak egon beharko dira; hala nola, lanaldi luzeak, atsedeen eza... Sententziak, gainera, esplotazioa dagoela ulertzeko limite kuantitatiboak zerrendatzen ditu. Gauzak honela, beraz, aztergai dugun artikularen b) supostua logika honekin ulertu genezake, tipifikazioak antzekoak diren kontzeptuak deskribatzen baititu.

Ildo horretatik, eta oinarritzko eskubideen urraketan oinarrituta prostituzioaren lan-harremana ukatzen dutenei aurre eginez, jada aipatutako Auzitegi Gorenaren apirilaren 14ko 425/2009 epaiak zera ezarri zuen:

“[...]la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de

los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho[...]”

Norbere konturako edo beste baten konturako borondatezkoa den prostituzioaren kasuan, beraz, ikuspuntu moral eta etiko-soziologikoak ezin du prostituzioan dabilen emakumearen borondatea urratu, abiapuntua oinarrizko eskubideak urratzen ez diren egoera izanik. Gainera, ideologia abolizionistatik urruntzeko nahiarekin, Maqueda Abreu-k ideia hau garatu eta indartu du *Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución* artikuluan⁵.

Bere ustez, Europar Parlamentuak emandako erabakiaren harira, prostituzio jarduera duina ez dela ulertzeak balorazio moral bati erantzuten dio; hain zuzen ere, emakumearen gorputza aldi baterako alokatzea kontratuaren objektutzat ulertzea eta, beraz, hori baliogabe uztea. Modu batean, autoreak adierazten du duintasuna aintzat hartuta legegileak ezin duela prostituzioan aritzen den emakumearen borondatea urratu edo baldintzatu. Prostituzioa zein baldintzetan emango den ezartzearen alde egiten du, ondorengoa proposatuz: lan-araudiak jarduera hori arautu eta babestuko luke (Tascón, 2020, 7-8 or.).

Horrela, hertsapenezkoa ez den prostituzioaren harira, ondorengoa adierazi du Auzitegi Gorenak ekainaren 5eko 651/2006 eta apirilaren 8ko 152/2008 sententzietan: “*considera que sólo cabría hablar del delito de “explotación laboral” o “explotación sexual lucrativa” cuando se detectaran condiciones abusivas de trabajo o “grave riesgo para los derechos”*”.

Auzitegiak prostituzioari lan harremanaren izaera aitortzen dabilela susmatu liteke arestian ezarritako hitzen bitartez; lan-esplotazioa irabaziko sexu-esplotazioarekin identifikatzen baitu,

⁵*La tesis actual es que se están defendiendo derechos constitucionales: la igualdad, la libertad o la dignidad de la mujer serían los que se verían comprometidos con la legalización de la prostitución. Según el nuevo ideario abolicionista, ésta debe seguir siendo negocio ilícito porque consiste en el arrendamiento temporal del cuerpo de la mujer, a la que a cambio de dinero se la despoja de su condición de persona, reduciéndola a mero objeto de placer para el cliente. Es la explicación que ofrece, por ejemplo, el Instituto de la Mujer de la causa de la ilicitud y de la nulidad de cualquier contrato que tuviera a la prostitución por objeto. [...]*

Bajo una «política del derecho» y no meramente ideológica, creo que no es posible seguir manteniendo un reconocimiento de la capacidad de autodeterminación personal en el ámbito sexual que se haga depender de una noción de dignidad –selectiva–, que pueda ser negada en el caso de la prostitución. Entre otras razones, porque no parece una lectura compatible con la jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta la vertiente positiva que ésta ofrece de la idea de dignidad —como correlato de la libertad— e igual para todos.

hain zuzen ere. Horrela, Auzitegiaren ustez, prostituzioan oinarrizko eskubideak urratzeko arriskua dagoenean lan esplotazioa egongo da. Ideia hori, jurisprudenzian oso garrantzitsua izan den Bartzelonako Lan Arloko Epaitegiaren 2015eko otsailaren 18ko epaiak indartu zuen. Honetan epaitu ziren egitateak ondorengoak izan ziren: Lan Ikuskaritzak Bartzelonako masaje erotikoen zentro bat bisitatu zuen; lokalean enpresak – edo enpresariak- dituen bezeroei masajeak ematen dituzten langileak daude; enpresak prostituzioan modu autonomoan dabilzala defendatzen du, logelen alokairua soilik errazten baitie. Langileak hitzartutako ordutegian joaten ziren lokalera, eta bezeroak aukeratzen zituzten eskatutako sexu-zerbitzuetarako; bezeroek, aldez aurretik ordainduta, zerbitzu horien prezioa arduradunarekin hitzartzen zuten. Lanaldiaren amaieran, haietako bakoitzak egindako zerbitzu bakoitzari buruz hitzartutako zatia jasotzen zuen arduradunarengandik. Gauzak honela, argudiaketa sakon eta luze baten ondoren, prostituzio-zerbitzuei lan izaera aitortzeko lege- eta konstituzionaltasun-oztoporik ez dagoela aitortu baitzuen, sententziaren zazpigarren oinarri juridikoan:

“[...] con tutela de los derechos fundamentales concernidos y desde la obligada perspectiva de género, es clara: en el marco regulador de la prostitución (regulación administrativa y despenalización aplicativa), habiendo quedado plenamente acreditado que las trabajadoras codemandadas ejercían libremente, sin coacción y de manera no forzada, la prestación de servicios de prostitución por cuenta de la empresaria demandada, bajo su dirección y dependencia, no son de apreciar motivos de ilicitud penal ni de lesión de derechos fundamentales individuales que impidan el reconocimiento de laboralidad postulado por la TGSS y al que se ha allanado la trabajadora codemandada.”

Hortaz, lan-harreman oro osatzen duten baldintzak betetzen direla egiaztatuta, kontratuaren kausa eta objektua zilegiak direla baieztatuta, langileen askatasunerako eta duintasun eskubideak errespetatuta – sexu-esplotazioa baztertuta , lan-harremana existitzen dela ondorioztatzen du auzitegiak.

Arestian aipatutakoaren oinarria borondatezkoa eta askea den prostituzioa da. Hori, Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoak biltzen duen supostuetatiko bat da. Horrela, artikuluko esplotazioaren existentzia bermatzeko biltzen duen b) atalean, prostituzioan aritzen den emakumeari gehiegizko baldintzak ezartzen direneko supostua biltzen du. Ba doktrina eta jurisprudenziaren alde batek, horrek izan dezakeen lan-izararen aldeko hausnarketa eta

argudiaketa garatu du; abolizionismotik, askea den prostituzioari, oinarrizko eskubideei begirunea gordetzeko lan izaera ez esleitzea erabaki morala dela eta emakumeen askatasuna urratzen duen iritzikoak dira; lan kontratuaren objektua zilegia dela defendatzen baitute.

5.2.3 Ondorioak:

Arestian aipatutako guztia kontuan hartuta, ondorioztatu daiteke 187.1 artikuluko bigarren paragrafoko delitua aktibatu ahal izango dela arauan aurreikusitako bi baldintzetako bat gertatzen denean — mendetasun-egoera edo gehiegizko-baldintzak daudenean-, edo epailearen begietan, aurreko biak parametrotzat hartuta, esplotazioko beste supostu bat ematen denean. Izan ere, a) eta b) letren bitartez, legegileak zaurgarritasun egoeraren existentzia bermatu, adostasuna baliogabetu nahi du portaera zigortzeko (Moreno, 2020, 155-156 or.). Ildo horretatik, lehenik eta behin, arazo terminologiko baten aurrean gaudela hauteman dezakegu. Tipifikazioak bi supostuak esplotazioaren existentzia bermatzeko ezartzen baditu ere, agerikoa da baldintzatutako adostasuna justifikatzeko zaurgarritasun- eta menpekotasun-egoerari erreferentzia egiten diotela. Beraz, legegilea ez da esplotazioaz ari, baizik eta subjektu aktiboaren eta pasiboaren arteko oinarrizko botere-harremanari buruz.

Era berean, ZK 187.1 artikuluko bigarren paragrafoaren aplikagarritasunak hainbat zailtasun planteatzen ditu: alde batetik, biltzen dituen supostuetaz gain zehaztu gabeko beste egoera batzuentzako atea irekita uzten duelako; bestetik, auzitegiek artikuluen elementuen interpretazio ezberdinak egiten dituztelako, argi deskribatuta ez dauden heinean. Tipoak zehazten duen zaurgarritasunaren supostua, presuntziotzat hartzetik urruti, zantzu moduan erabili beharko du epaileak; hau errealitatean ematen den egiaztatu beharko du.

Bigarren supostuak prostituzioaren lan-izaerari buruzko zalantzak planteatzen baditu ere, Zuzenbide Zibilak kontratu baten objektua lege eta ohituraren aurkakoa ezin daitekeela izan adierazten du: horrela, portaera Zigor Kodeko 187. artikuluan deskribatuta dagoenez, lan harremana izateko aukera baztertzen da. Gainera, horren lan izaera onartzeak VIII. Tituluak babesten duen ondasun juridikoari buruzko zalantza gehiago sortuko lirateke; tipoak babesten duen ondasun juridikoa sexu-askatasuna dela defendatzea oraindik zailagoa suertatuko litzateke. Aitortu behar dugu, ordea, aztergai dugun artikulua ez dela leku aproposa legegileak prostituzioaren lan

izaera baztertzeko; horretarako bestelako baliabide argi eta zuzen bat erabili beharko luke; badirudi, artikulua prostituzioaren izaera laborala baztertzeko ezkutuko trikimalua dela.

Hortaz, esplotazioa existitzeko bi supostu hauek portaeraren oinarrian nagusitasun egoera dagoela frogatzeko erabili ditu legegileak; horrela, prostituzioan aritzen den adostasuna baztertzeko. Hala ere, argi eta garbi arazo ugari planteatzen dituztelako, legegileak berrikusi beharreko artikulua da.

6. Erreformatik proposatutako proxenetismo ez hertsatzailea: 187.2 artikulua

Lan osoan zehar aztergai izan dugun artikuluan aldaketak ekarriko dituen Lege Organikoari aipamena egitea garrantzitsua deritzogu, gaiak duen egunerokotasuna mahaigaineratzearekin batera, sexu-zuzenbidearen aldagarritasuna nabarmentzeko.

Jada aipatutako La Manadaren kasu entzutetsuak gizartea hunkitu eta mobilizatu zuen moduan, ezkerretako alderdietan ere sexu-askatasunari buruzko arauketa berritzea beharrezkotzat ulertu zen. Horrela, 2021eko uztailaren 6an, Ministroen Kontseiluan Sexu-askatasunaren Berme Integralari buruzko Lege Organikoaren Proiektua onartu zen⁶; harrez geroztik, alderdi politikoen artean testuaren edukiari buruzko negoziazio eta eztabaida sutsuak egon dira. Ia urtebete beranduago, ordea, pasa den 2022ko maiatzaren 26an Parlamentuko Plenoak onartu zen Gobernuko alderdien, inbestidurako kideen eta Ciudadanosen babesari esker. Orain haren izapidetza Senatuan jarraituko da.

Negoiazioa zaildu duten elementu ugari egon badira ere, argi dago prostituzioaren gaineko arauketa proposamena puntu garrantzitsua izan dela. Aitzitik, PSOEk proiektuan

⁶ Proiektu honen leloa “soilik bai da bai” da eta emakumearen askatasun sexuala ahalik eta hoberen babestea bilatzen du. Sexu-indarkeria guztien prebentzioa bultzatuz eta biktima guztien eskubideak bermatuz, genero-perspektibatik adostasunaren definizioa bildu du, Istanbulgo Hitzarmeneko 36.2 artikuluan oinarrituz. Azken finean, askatasun sexuala ahalik eta hoberen babestea du helburu, oinarrian genero-berdintasuna dagoelarik. Horregatik, adibidez, sexu-eraso eta -abusuaren arteko ezberdintasuna gainditu, abusuaren figura desagerrarazi eta biak elkarrekin tipifikatu dira. Gainera, sexu-indarkeriaren eta sexu-esplotaziorako tratatzen biktimak indarkeria matxistaren biktima izatera igaroko dira. Emakumeen mutilazio genitala eta ezkontza behartuak ere indarkeriaren kontzeptu horretan sartzen dira.

proxenetismo forma guztiak eta hirugarrengotza lokatiboa zigortu nahi zituen eta horretarako emendakina aurkeztu zuen. Dena den, testua onartzeko alderdien arteko muga garrantzitsuena izan zitekeenez, Legea aurrera atera zedin proiektutik at utzi da. Hala ere, beste neurri batzuen artean, proxenetismoaren jazarpena eta prostituzioa kontsumitzen duten gizonak zigortzeko, ikuspuntu abolizionista biltzen duen Lege proposamena aurkeztu du alderdiak - azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzeko, proxenetismoa era guztietan debekatzeko-, euren hitzetan "prostituzioa emakumeen aurkako sexu-indarkeria mota baita" eta aurka egiteko (RTVE, 2022). Horrek mahaigaineratzen du prostituzioaren arauketa askatasun-sexualerako Lege Proiektuak ez duela konpontzen eta eztabaidak maila guztietan jarraituko duela.

Edozein modutan, Sexu-askatasunaren bermatzeko Lege Proiektuaren bitartez, indarrean dagoen Zigor Kodeko 187.1 artikulua aurkezten dituen mugak gainditu nahi izan dira. Printzipioz, proxenetismo hertsatzailearen eta ez hertsatzailearen arteko mugak argiago ezarri nahi izan dira tipifikazioaren bitartez; izan ere, bi figurak paragrafo ezberdinetan tipifikatzen ditu oraingoan; lehenengoan -ZK 187.1 artikuluan-, proxenetismo hertsatzailea eta, bigarrean, -ZK 187.2 artikuluan - proxenetismo ez hertsatzailea. Horrela, Parlamentuak Plenoan onartutako hertsapenezkoa ez den prostituzioan, 187.1 artikuluko bigarren paragrafoa izatetik 187.2 artikulura igaro dena, ondorengoa ezartzen da:

2. Bi urtetik lau arteko espetxealdi-zigorra ezarriko zaio, bai eta sei hilabetetik hemezortzi arteko isuna ere, beste pertsona baten prostituzioa esplotatuz irabaziak lortzen dituenari, nahiz eta prostituzioan aritzen denaren adostasuna izan. Nolanahi ere, esplotazioa dagoela ulertuko da mendetasun-harreman baten aprobetxamendua dagoenean.

Zigorra goiko erdian ezarriko da, prostituzioa aurreko paragrafoan deskribatutako indarkeria-, larderia-, engainu- edo abusu-egintza baten ondorioz gauzatzen denean.

Egun indarrean dagoen proxenetismo ez hertsatzailearen tipoak aurkezten zituen mugak gainditzeko asmoz, beraz, esplotazioaren existentzia bermatzeko a) eta b) supostuak ezabatu eta,

zuzenean, menpekotasun-harreman batez aprobetxatzea zigortu nahi du, orokorrean. Egia da, adierazpen honek ez duela segurtasun juridikoa hobetzen, oso interpretagarria baita elementua. Ildo beretik, gainera legegileak menpekotasun-egoera esplotazioaren terminoarekin nahasten jarraitzen dituela agerikoa da. Dena den, botere-harremanaren eta esplotazioaren arteko erlazioa modu argiago eta zuzenago batean ezartzen duela dirudi.

Onarpenari erreparatuta, gainera, aipatu beharra dago, Lege proiektuak adostasunaren indartzea bilatzen badu ere, hertsapenezkoa ez den prostituzioan hau baztertzen jarraitzen dela, esplotazioaren elementuan oinarrituta. Hau da, baldintzatutako adostasunak indarrean jarraitzen duela hauteman dezakegu, artikulua honi buruzko aipamen espresurik egiten ez badu ere. Honek aurreko atalean planteatzen diren arazoak dakartza; hain zuzen, Tituluak babesten duen ondasun juridikoaren urraketa zalantzan jartzea. Gainera, pentsa liteke Proiektua inspiratu duen ideiarekin kontrakoa dela, prostituzioan aritzen den emakumearen adostasuna alde batera uzten baita (Barranco, 2021, 148-152 or.). Aitzitik, Estatuko Kontseiluak aurkeztutako txostenean, adostasuna dagoen supostuan, tipoak gordetzen duen askatasun sexualaren urraketa ez dagoela defendatzen du- Fiskaltzak emandako iritziaren kontrakoa-.

Badirudi artikulua hobetzeko saiakera dela tipifikazio berri hau, lanean zehar planteatu diren arazoren bat gainditu ahal izango dituen. Dena den, badakigu prostituzioa eta haren arauketari buruzko eztabaidak luzaroan jarraituko duela, beste arrazoi askoren artean, PSOEak aurkeztutako Lege Proiektuan hau muina baita; horren bitartez, proxenetismoaren forma guztiak zigortu nahi dituzte. Zirrikitu anitzeko gai konplexua den zalantzarik ez dago.

7. Ondorioak

Lan osoan zehar atera ditugun ondorioak zerrendatu ditugu ondoren, azken finean, lanaren muina gorpuzten dutenak. Hauek puntu ezberdinetan kokatu baditugu ere, euren arteko harremana eta elkar-eragina zuzena da. Gainera, lanean zehar erabilitako eskemaren ordena erabili dugu; horregatik, zenbait kasutan, ondorio bakoitzean planteatutako arazoak hurrengoetan argituko dira.

- Prostituzioa aztertzerakoan, genero-ikuspegia txertatzea beharrezkoa dela ikasi dugu lanean zehar. Zigor Kodeak arauketa neutrala egiten badu ere, ikerketa juridikoa ahalik eta zehatzen egiteko, genero mandatuekin zueneko lotura duen gaia dela ulertu dugu; horrela, subjektu pasiboa prostituzioan aritzen dena emakumea dela kontuan hartzearen beharra mahaigaineratu dugu, delitua eta haren errealitatea sakontasun gehiagorekin aztertzeko.
- Gaur egungo sexu-zuzenbidearen oinarri den historiari begirada botata, behatu ahal izan dugu, egun, sexu-arau-penalak adin nagusikoen esparruan babesten duen ondasun juridikoa askatasun sexuala dela; 1989ko Lege Organikoak bildu eta 1995ko erreformaren bitartez haren babesa eraginkor bilakatu zena. Ordura arte, ordea, ezkontza eskusibotasuna eta familien ondorengotza behatuta, emakumeen zintzotasuna eta onestasuna gordetzen zen; prostituzioan aritzen ziren emakumeak ordenamenduaren babestetik at zeuden, morala eta ohitura gordetzen baitziren. Horrela, arauketa momentuan momentuko moralitasunaren arabera izan dela argi utzi dugu; une oro, gizartean indarrean dauden arau-moralek legegilearen gain zuzeneko eragina izan dute sexu-zuzenbidea garatzerakoan, alegia.
- Prostituzioari gagozkiolarik, ikusi dugu XX. mendetik aurrera Zigor Kodeak adin nagusikoen prostituzioa bildu bazuen ere, estatuan egun inspirazio iturri den ideologia abolizionista ez zela Lake of Successeko hitzarmena sinatu arte ezarri, 1963an, alegia. Era berean, lanaren aztergai izan dugun artikulua, lehenengoz, 2003ko Lege Organikoaren bitartez bildu zela aztertu dugu. Horrela, Zigor Kodeko 187.1 artikulua gorpuzten duten bi modalitateetatik – 1. paragrafoan hertsapenezkoa eta 2. nean hertsapenezkoa ez den prostituzioa- bigarrenak hainbat hutsune dituela behatu ahal izan dugu, betiere, prostituzioan dabilen emakumean adostasuna adierazten duen supostuan.
- Ondasun juridikoari dagokionez, tipoak duen kokapenagatik babesten duena askatasun sexuala bada ere, haren idazkerak zalantzak sortzen dituela konturatu gara. Artikuluak beste baten prostituzioaren esplotaziotik etekina jasotzen duen pertsona oro zigortzen du, nahiz eta horrek horretarako baimena eman. Ondorioztatu dugu Auzitegi Gorenak askatasun sexualari emandako definizioarekin bateraezina dela 187.1 artikuluko bigarren paragrafoa. Izan ere, sexu-esparruan askatasunez erabakitzeke ahalmena gordetzen du Tituluak; artikuluak, ordea, zuzenean alde batera uzten du prostituzioan aritzen den emakumearen adostasuna. Tipoak askatasun sexuala gordetzen duela zalantzarria da,

beraz, subjektu pasiboaren borondatea babestetik urruti, zuzenean baztertzen baitu. Horren aurrean, doktrinak zientifikoak artikuluari izaera ezberdina emateko soluzioak planteatu baditu ere, ez da arazoa gainditu. Litekeena da tipifikazioa aldatzen ez bada, artikuluari Kodean leku ezberdina aurkitzea, ondasun juridiko ezberdina gorde dezan; horrela, segurtasun juridikoa babestuko litzateke.

- Adostasunari gagozkiolarik, Sexu-zuzenbidean haren existentziak portaeraren atipikotasuna zehaztuko badu ere, hertsapenezkoa ez den prostituzioan logika hori apurtzen dela ondorioztatu dugu; legegileak adostasuna egonda ere esplotazioa zigortzen du. Izan ere, badirudi baldintzatutako adostasunaren alde egiten duela. Tesi horrek zera defendatzen du: prostituzioan aritzen den emakumearen eta subjektu aktiboaren artean botere harremana egonik, azken hau babesgabezia eta nagusitasun egoera horretaz baliatzea onarpena lortzeko. Horrela, subjektu pasiboak emandako baimena ez da askea eta, beraz, baliozkoa. Beste hitz batzuetan, oinarrian hertsapena dagoenez – zaurgarritasun edo ezberdintasun egoera sortuz- ulertzen da legegileak ez duela emakumearen erabakitze askatasuna urratzen, hau biziata dagoenez, benetakoa ez baita; horregatik, baztertzen du. Doktrinan onartuen dagoen proposamen honek, ordea, tipifikazioaren mugak gainditzen ez dituela ikertu dugu. Izan ere, alde batetik, portaeraren zigorgarritasuna hertsapenak determinatuko badu, Zigor Kodeko artikuluko bereko lehen paragrafoarekin nahasten da hertsapenezkoa ez den prostituzioa. Hau da, nahiz eta printzipioz bi portaerek objektu ezberdina arautu, prostituzioan aritzera behartzen duen subjektu aktiboak – lehenengo paragrafoa- etekin ekonomikoengatik egiten duela susmatu daiteke – bigarren paragrafoa. Hortaz, bi figuren arteko subsidiaritasuna apurtu eta 187.1 artikuluko bigarren paragrafoaren existentzia kolokan jartzen dela ikasi dugu, bi portaerak lehenengoaren bitartez zigortu bailitezke. Bestetik, legegileak adostasuna bildu eta zuzenean baztertzeak nahasmen handia sortzen duela uste dugu, baldintzatuta dagoen iritzikoa bada ere; Tituluak jarraitzen duen logika hautsi eta askatasun sexualaren urraketa ez dagoela ulertarazten du; portaera zigortzeko justifikazioari buruzko zalantzak sortzen dira. Zigor Zuzenbidea hezurramitzen duten printzipioak arriskuan jartzen direnez, legegileak erreforma egiteko premia argi ikusi dugu; beharbada, artikulua portaera bera arautu baina beste ondasun juridiko bat gordetzeko eta hertsapenezko prostituzioarengandik aldentzeko.

- Zigor Kodeko 187.1. artikuluko bigarren paragrafoaren subjektu aktiboa definitzerakoan, aurreko ondorioan adierazi dugun moduan, hertsapenezkoa den prostituzioaren identifikatzeko arriskua dakarrela konturatu gara, subjektu pasiboaren gain hertsapena egikaritzen duelako. Hala ere, legegileak tipoaren existentzia beste supostu batean justifikatzen duela hauteman ahal izan dugu; hain zuzen, beste baten prostituziotik etekina lortzen duen hirugarren pertsona zigortzea, zuzenean hertsapena eragin ez baina egoera ezagutzen duena. Jurisprudentziak honi buruzko zalantzak izaten jarraitzen duela behatu ahal izan dugu; delituaren subjektu aktiboa nor den argi ez baitauka. Hala ere, planteatutako soluzioa eraginkorra dela dirudi.
- Esplotazioaren elementuari gagozkiolarik, lehenengo muga Kodeak kontzeptuaren definizioa bildu ez izateak gorpuzten duelakoan gaude. Gainera, artikulua oker terminologiko bat duela ikusi dugu. Izan ere, esplotazioa dagoela egiaztatzeke legegileak a) eta b) letrak biltzen baditu ere, horiek subjektu aktiboaren eta pasiboaren arteko menpekotasun-egoera bermatu eta biziaturako adostasunaren alde egiteko erabiltzen ditu. Hau da, esplotazioaren existentzia egiaztatzeke baino, botere-harremana dagoela frogatzeko erabiltzen du, ondoren, subjektu pasiboak emandako adostasuna baztertzeko.
- Bestalde, esplotazioa dagoela egiaztatzeke legegileak a) eta b) supostuez gain beste egoera batzuei atea irekita uzten die “edozein modutan” esamoldearen bitartez. Ba horrek segurtasun juridikoa kolokan jarri dezakeela nabaritu dugu; izan ere, epailearen esku gertzen da portaera bat esplotazioa den edo ez erabakitzea. Horrela, izaera orotariko eta elkarren artean bateraezinak diren egoerak zigortzeko arriskua dago. Aitortu behar dugu, ordea, artikuluan zerrendatzen diren bi burubideak parametro moduan erabili daitezkeela, izaera bereko portaerak zigortzeko. Adierazpen orokorra kenduta, zehaztasun gehiagoko tipifikazioak arazoak ekidin ditzakeela agerikoa da, ordea.
- Esplotazioa egoteko a) mendekotasun -pertsonaleko eta -ekonomikoko egoeraren baldintzaren aplikagarritasuna aztertzerakoan auzitegiek interpretazio ezberdinak proposatzen dituztela konturatu gara, ordenamenduaren kontra joz. Adiera zabalenaren alde egin dutenek, gainera, prostituzioan dabilen emakumearen gain dagoen estigmatizazioa betikotzen duela aditu dugu; moralak eraginda, beste aukera laboralik ez duten emakumeen kasuak bildu nahi izan dituzte, erabat estereotipatuta daudenak; aitzitik, gizarte-bazterketa egoeran dauden prostituzioan aritzen diren emakume immigranteak

babestu nahi dituzte. Horrela, badirudi, uneoro, prostituzioa tratarekin identifikatu nahi dutela. Agerikoa da, estatuak emakume hauek ahalik eta hoberen babestu behar dituela dituen tresnen bitartez. Hala ere, arriskutsua dirudi adiera hau egoera orotara estrapolatzea. Uste dugu, interpretazioa ezin da hedakorra izan; irizpide orokorrez gain, zehatzetan ere oinarritu beharko litzateke epailea egoera zaurgarri moduan kalifikatzeko.

- Esplotazioa frogatzeko b) supostuak -baldintza gogorrak, neurrigabeak edo abusuzkoak inposatzea, alegia- beste baten konturako prostituzioaren lan izaerari buruzko eztabaida mahaigaineratzera behartu gaitu. Jurisprudentiaren gehiengoak hau ukatzen badu ere, badago honen aldeko haztapenen bat. Hala ere, legegileak egoera hau espreski biltzeko arrazoa prostituzioaren lan izaera baztertzera izan dela ondorioztatu dugu. Izan ere, Zuzenbide Zibilaren printzipioek kontratu baten objektua ohituraren eta legearen kontrakoa izatea debekatzen dute. Horregatik, legegileak delitu honetan bildu duela hauteman daiteke. Agerikoa da, ordea, hertsapenezkoa ez den prostituzioaren elementu hau ez dela hori egiteko tokia. Aitzitik, zalantzak sortzen ditu eta artikuluen aplikazioa zailtzen du.
- Azaroaren 23ko 10/1995 Lege Organikoa aldatzeko, proxenetismoa era guztietan debekatzeko proposamenak, indarrean dagoen tipifikazioak planteatzen dituen arazoren bat gainditzen badu ere, oinarritzkoenak diren mugak existitzen jarraituko dutela ondorioztatu dugu; izan ere, sexu-askatasuna gordetzen duen artikuluan, subjektu pasiboak ematen duen adostasuna alde batera utziko da berriro ere. Horren atzean baldintzatutako adostasuna dagoela dakigun arren, tipifikazioak ez du argi uzten. Gainera esplotazioa zaurgarritasun-egoerarekin identifikatzen jarraitzen du, bi terminoak nahasten dituelarik.

Sexu Zuzenbide Penalaren etengabe aldatzen den errealitateari erantzuten saiatzen da; gizarteak sexualitatearen esparruan gaitzespen penala merezi duten jokabideak biltzen ditu momentu oro. Horrela, sexu-askatasun pertsonalaren aurkako erasorik larrienak zigortzeko helburua du. Egun indarrean dagoen Zigor Kodeko 187.1 artikuluko bigarren paragrafoak ondasun juridikoaren erasoari aurre egiten dien inguruko zalantzak sortzen dira, ordea, beste batzuen artean; kontu erreza ez den arren, tipoaren berridazketa eta kokapen berriaren beharra premiazkoak dirudite.

8. Bibliografía

Liburuak eta aldizkariak

Abreu, M. L. M. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Comares.

_____ (2010). Hacia una justicia de los derechos: una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución. *Diario La Ley* (7363).

Anglí, M. L. (2017). ¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de lege lata y desaciertos de lege ferenda. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (19).

_____ (2022). Prostitución y consentimiento: ¿Una contradicción en los términos? *Revista jurídica de les Illes Balears*, (21).

Asua Batarrita, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*.

Barranco, M. C. G. (2021). Dudas que plantea el proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual respecto de la agencia de las mujeres y el valor del consentimiento. *Revista Sistema Penal Crítico*, (2).

Corcoy Bidasolo, M. (2015) Comentarios al Código Penal. 1ª Edición. Barcelona: Ed. Tirant lo Blanch.

Daunis-Rodriguez, A. (2015). La nueva criminalización del proxenetismo. *Revista Penal* (36).

De la Rosa Cortina, J. M. (2013). Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual. *Ponencia de la Fiscalía General del Estado* (2013).

Díez Ripollés, J. L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Anuario de Derecho Penal* (1999-2000).

Esteve Mallent, L. (2021). Consen in sexual attacks. Difference between sexual attacks and sexual abuses. *El Criminalista Digital* (9).

Fernández, M. A. G. (2020). Delitos sexuales contra menores: especial referencia a agresiones y abusos sexuales. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (23).

Fontán, M. V. C. (2011). Sobre la criminalización de las actividades relacionadas con la prostitución consentida. *Revista de derecho y proceso penal*, (25).

- Garcés, C. S. (2018). Prostitución callejera y regulación jurídica española. Estado de la cuestión. *Revista para el análisis del Derecho. Indret* 4/2018.
- García, S. G. (2019). Prostitución y proxenetismo: una cuestión de Estado. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (10).
- Goenaga Olaizola, R. (1997). Delitos contra la libertad sexual. Eguzkilore: *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (10).
- González Cussac, J. L., & Vives Antón, T. S. (2016). Derecho penal. parte especial (5ª ed. rev. y act. de acuerdo a la Ley Orgánica 1/2015, Ser. Manuales). *Tirant lo Blanch*.
- González Tascón, M. M. (2020). Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22).
- Heim, D., & Bodelón, E. (2010). Derecho, género e igualdad. *Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas. Vol. I*.
- Lamarca Perez , c. (coord.); Alonso de Escamilla, Avelina, Mestre Delgado, e., Rodríguez Núñez, a. (2015) *Delitos. La parte especial del derecho penal*, Colex.
- Lorenzo Rodríguez-Armas, M. (2008). Constitución Española, estado social y derechos de las mujeres que ejercen la prostitución. *Feminismo/s*, (12).
- Llanos, L. S. (2021). Prostitución, trabajo sexual, justicia y dignidad. *Gaceta Sanitaria*, 35(1).
- Maqueda Abreu, L. M. (2009). Prostitución, feminismos y derecho penal. Granda: Editorial Comares.
- _____ (2015). “Cuando el discurso sobre la vulnerabilidad se convierte en un discurso ideológico (A propósito de las “víctimas” de la prostitución y el tráfico sexual de mujeres”, en Pérez Álvarez (Ed.), Serta, *In memoriam Louk Houlsman*.
- Maragall, J. A. (2015). Razones para la laboralización de la libre prestación de servicios de prostitución por cuenta ajena. *Revista Electrónica IUSLabor* 1/2015.
- Mauri, M. C. (2011). Lección 20ª. Prostitución y corrupción de menores e incapaces. In *Derecho penal español*. Tirant lo Blanch.

Monge Fernández, A., & Parrilla Vergara, J. (2020). Mujer y Derecho penal: ¿ necesidad de una reforma desde una perspectiva de género? - *Mujer y Derecho penal*.

Moreno, C. M. (2020). ¿ Tiene el Derecho del Trabajo alguna respuesta ante la prostitución?. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2).

Muñoz Conde, F. (1991). Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código penal). *Reforma penal de 1989*.

_____ (2021). Derecho penal : parte especial (23ª edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal dela Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Ser. Tirant biblioteca virtual). Tirant lo Blanch.

Orts berenguer, E. (2010) “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Derecho Penal Parte Especial, 3ª edición, Tirant lo Blanch.

Pérez, L. P. (2022). La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetes, clientes y violación de personas prostituidas. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

Quintanar Díez, M., & Zabala López-Gómez, C. (2021). Elementos de derecho penal : parte especial i : delitos contra las personas (2ª edición, Ser. Manuales). Tirant lo Blanch.

Quintero Olivares, G. (2012) Antinomias y contradicciones en la intervención penal en la prostitución libre. *Prostitución: ¿hacia la legalización?*.

_____ (2013) “Delitos contra la libertad sexual: situación actual y perspectivas de futuro”, *Ponencia de la Fiscalía General del Estado* (9).

Ramírez, A. A. (2016). Proxenetismo no coercitivo en el ordenamiento jurídico español: breve análisis crítico. *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, (12).

Rincón, A. (1998). Análisis del Código Penal desde la perspectiva de genero. Un derecho penal de género, un doble derecho penal. *Emakunde, Instituto Vasco de la Mujer*.

Rubio, M. G. (2015). Delitos relativos a la prostitución y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción. *Anuario jurídico y económico Ecurialense*, (48).

_____ (2018). Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (12).

Serra Cristóbal, R. (2007). Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de. *Tirant Blanc* (484).

Villacampa Estiarte, (coord.).(2007) Prostitución: regulación, prevención y victimización. *Prostitución: ¿hacia la legalización?*.

Tascón, M. M. G. (2020). Aspectos jurídico penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (22-10).

Tomillo, M. G. (2015). Artículos 187 a 190: de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. *Comentarios prácticos al Código penal*.

Vitoria, A. G. (2018). Tratamiento jurisprudencial del proxenetismo no coercitivo en la prostitución voluntariamente ejercida:(artículo 187.1, segundo párrafo, del código penal). *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva* .

Web orrialdeak, berriak, txostenak

Doctrina de la Fiscalía General del estado (2011). *Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*. Eskuragarri hemen:

https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_05_2011.html

EFE. (2021eko urriaren 24a). *Prostitución, aborto y ley trans: los retos de Igualdad para unir a la izquierda*. Cadena SER. Hemen eskuragarri:

https://cadenaser.com/ser/2021/10/24/politica/1635062961_457857.html [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

EIN (2014). Contabilidad Nacional de España. Nueva base 2010 (2010–2013 seriea).

Eskuragarri hemen: <https://www.ine.es/prensa/np862.pdf> [Kontsulta eguna: 2022/06/23]

Estatuko Kontseiluak berdintasuneko 393/2021 espedientea. Eskuragarri hemen:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-393> [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

Europako Parlamentuaren Ebazpena, 2014ko otsailaren 26koa, sexu-esplotazioari eta prostituzioari eta genero-berdintasunean duten eraginari buruzkoa. Eskuragarri hemen:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0162_ES.html [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

Gobierno de España(2015). Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018). Eskugarri hemen:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2018). Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018. Eskugarri hemen:

http://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

País, E. (2021eko urriaren 26a). *Prostitución: regular la abolición*. Elpais.com. Eskugarri hemen: <https://elpais.com/opinion/2021-10-26/prostitucion-regular-la-abolicion.html> [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual. (s/f). Gob.es. Eskugarri hemen: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/060721-enlace-libertad-sexual.aspx> [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

RTVE-ren webgunea. Eskugarri hemen : <https://www.rtve.es/noticias/20220519/psoe-proposicion-ley-abolicion-prostitucion/2349940.shtml> [Kontsulta eguna: 2022/06/23].

Jurisprudentzia

Auzitegi Gorena. 9711/1991 sententzia. 1991eko apirilaren 12koa.

Auzitegi Gorena. 661/2003 sententzia. 2003ko urtarrilaren 9koa.

Auzitegi Gorena. 1016/2003 sententzia. 2003ko uztailaren 2koa.

Auzitegi Gorena. 1390/2004 sententzia. 2004ko azaroaren 24koa

Auzitegi Gorena. 651/2006 sententzia. 2006ko ekainaren 5koa.

Auzitegi Gorena. 131/2007ko sententzia. 2007ko otsailaren 16koa.

Auzitegi Gorena. 195/2007ko sententzia. 2007ko martxoaren 6koa.

Auzitegi Gorenak. 152/2008 sententzia. 2008ko apirilaren 8koa.

Auzitegi Gorenak. 516/2008ko sententzia. 2008ko maiatzaren 29koa.

Auzitegi Gorenak. 445/2008ko sententzia. 2008ko uztailaren 3koa.

Auzitegi Gorenak. 425/2009ko sententzia. 2009ko apirilaren 14koa

Auzitegi Gorenak. 1171/2009 sententzia. 2009ko azaroaren 10ekoa.

Auzitegi Gorenak. 1155/2010 sententzia. 2010eko abenduaren 1koa.

Auzitegi Gorenak. 864/2012 sententzia. 2012ko urriaren 16koa.

Auzitegi Gorenak. 452/2013 sententzia. 2013ko maiatzaren 13koa.

Auzitegi Gorenak. 188/2014 sententzia. 2014eko martxoaren 11koa.

Auzitegi Gorenak. 552/2015ko sententzia. 2015eko irailaren 23koa.

Auzitegi Gorenak. 1338/2019ko autoa. 2021eko martxoaren 9koa.

Auzitegi Gorenak. 462/2019 sententzia. 2019ko urriaren 14koa.

Auzitegi Gorenak. 145/2020ko sententzia. 2020ko maiatzaren 14koa.

Auzitegi Gorenak. 447/2021 sententzia. 2021eko maiatzaren 25ekoa.

Auzitegi Gorenak. 584/2021 sententzia. 2021eko ekainaren 1koa.

Galiziako Justizia Auzitegi Nagusia. 3598/2004ko Erregutze errekurtsioan. 2004ko azaroaren 10ekoa.

Zaragozako Entzutegi Probintziala. 46/2010 sententzia. 2010eko urriaren 28koa.

Balear Uharteetako Probintzia Auzitegia. 20/2014 sententzia. 2014ko otsailaren 18koa.

Bartzelonako Probintzia Auzitegia 153208/2014ko sententzia. 2014ko maiatzaren 27koa.

Bartzelonako Lan Arloko Epaitesia. 50/2015 epaia. 2015eko otsailaren 18koa.

Murtziako Probintzia Auzitegia. 177/2017 sententzia. 2017ko apirilaren 3koa.

Bartzelonako Auzitegi Probintziala. 590/2019 sententzia. 2019ko irailaren 23koa.