



MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D^a BRIANDA BOROBIA JODRA

Dirigido por:

Dr. D. MIGUEL RODRÍGUEZ BLANCO

Alcalá de Henares, a 15 de Enero de 2019



ÍNDICE

Índice de Abreviaturas y Siglas.....	4
Resumen	5
Abstract	6
1. Introducción.....	7
2. Libertad religiosa y salud	10
2.1 Autonomía del menor en relación con la libertad religiosa y la salud.....	15
3. Supuestos: ablación o mutilación genital femenina y circuncisión	18
3.1 Ablación.....	18
3.1.1 Terminología	18
3.1.2 Tipos de mutilación genital femenina	20
3.1.3 Contexto antropológico de la mutilación genital femenina.....	22
3.2 Circuncisión	34
3.2.1 La circuncisión desde el punto de vista jurídico	38
4. Ámbito legislativo en relación con la mutilación genital femenina.....	40
4.1 Normativa internacional	40
4.2 Normativa europea.....	45
4.2.1 Normativa genérica de la UE	45
4.2.2 Aproximación a las legislaciones adoptadas en Europa frente a la MGF .	51
4.3 Normativa española.....	57
4.3.1 Análisis de la situación precedente	57
4.3.2 Respuesta penal actual a la MGF	58
4.3.3 Normativa conexa.....	62
4.3.4 La MFG como delito culturalmente motivado	64
4.3.5 Autoría.....	66
4.3.6 Aproximación a posibles causas de atenuación o exclusión de la responsabilidad por la MFG	69
5. Asilo en relación con la MGF	83

6. Jurisprudencia.....	90
6.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre y su correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo	90
6.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo y su correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo	94
6.3 Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril y su correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo	97
6.4 Comentario general sobre la jurisprudencia analizada.....	102
7. Conclusiones.....	105
Bibliografía.....	110
Bibliografía en línea	112
Anexo Jurisprudencial	115

Índice de Abreviaturas y Siglas

AN	AUDIENCIA NACIONAL
A/MGF	ABLACIÓN/ MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA
AP	AUDIENCIA PROVINCIAL
CE	CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
CEDH	INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, HECHO EN ROMA EL 4 DE NOVIEMBRE 1950, Y ENMENDADO POR LOS PROTOCOLOS ADICIONALES Nº 3 Y 5, DE 6 DE MAYO DE 1963 Y 20 DE ENERO DE 1966, RESPECTIVAMENTE.
CP	LEY ORGÁNICA 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL
DUDH	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948
IAC	INTER-AFRICAN COMMITTEE ON TRADITIONAL PRACTICES AFFECTING THE HEALTH OF WOMEN AND CHILDREN
LOLR	LEY ORGÁNICA 7/1980, DE 5 DE JULIO, DE LIBERTAD RELIGIOSA
LOPJ	LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL.
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TS	TRIBUNAL SUPREMO
TSJ	TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
OMS	ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD
UE	UNIÓN EUROPEA
UNICEF	UNITED NATIONS INTERNATIONAL CHILDREN’S EMERGENCY FUND
UNFPA	UNITED NATIONS POPULATION FUND

Resumen

El trabajo propuesto tiene como objetivo cardinal analizar la cuestión de la mutilación genital femenina en toda su extensión. A tenor de ello, en primer término, para poder abordar esta pretensión es necesario referirse de forma inexcusable a los derechos que entran en colisión en esta práctica: la libertad religiosa y el derecho a la salud. Asimismo, se evalúa someramente este conflicto en relación con los menores de edad al ser los focos vitales de esta materia.

Una vez planteada la confrontación entre los derechos fundamentales, se procede a examinar la mutilación genital desde un punto de vista terminológico, categórico y sociológico, para posteriormente derivar a ilustrar la circuncisión masculina y las principales divergencias emanantes desde una perspectiva jurídica.

Expuesta la conceptualización, el trabajo se enfoca de forma primordial en el ámbito legislativo que enmarca a esta disyuntiva. Esta exhibición normativa se efectúa de forma cronológica para comprobar la evolución existente y deductiva, comenzando con la legislación internacional para ulteriormente continuar con la europea y nacional. Particularmente, sobre la normativa europea se efectúa una aproximación genérica y otra más específica, en la que se expone la forma de trasposición de la normativa en Estados concretos como Francia, Reino Unido e Italia.

Posteriormente, se presenta la normativa nacional sobre la que se ahonda tanto en la situación legislativa precedente como en la respuesta penal y procesal vigente. Paralelamente, se indaga si se trata de un delito culturalmente motivado y se presta especial atención a las posibles causas de atenuación o exculpación de la responsabilidad junto con el asilo como medio de protección. Para terminar, se personifica lo presentado con la jurisprudencia nacional más preponderante.

Palabras Clave: Mutilación genital femenina, circuncisión, asilo, error de prohibición, jurisdicción universal, comisión por omisión.

Abstract

The proposed essay has as main objective to analyze the matter of female genital mutilation in all its extension. Firstly, in order to deal with this claim, it is necessary to refer obligatorily to the rights that are in conflict: religious and health freedom. Moreover, this dispute is briefly valued in relation to girls who are minor, and there are the principle subjects of this issue.

Already once is considered the confrontation among fundamental rights, the essay proceeds to examine the female genital mutilation from terminological, categorical and sociological perspective. Then, it shows up the male circumcision and the main differences from a legal perspective.

Explained the conceptualization, the essay is focused mainly on the legislative area which define this dilemma. This normative exhibition is carried out in chronological order to test the existing evolution an in a deductive way. Furthermore, it begins with the international legislative to later carry on with the European and National legislations. Particularly, about European regulation is made a generic approximation and another more specific. There are there main models: France, United Kingdom and Italy; they have transposed the general regulation to their specifics normative.

Finally, the essay displays the national normative which develops the previous legislative situation and the current criminal and procedural response. At the same time, it is studied if this matter can be a culturally motivation crime and it is investigated the possible causes of attenuation and exculpation of responsibility together with asylum as a protection measure. In conclusion, the most important national jurisprudence is presented to prove what is explained in the essay.

Key words: Female genital mutilation, circumcision, asylum, prohibition error, universal jurisdiction, default commission.

1. Introducción

“La costumbre es, en muchos casos, mala consejera. Hace que tomemos la injusticia por justicia y el error por la verdad”

Georg Ch. Lichtenberg, científico y escritor alemán (1742-1799)

El Viejo Continente conformado por una cultura homogénea y hermética se ha configurado desde finales del siglo XX en un punto receptivo de inmigración. Esto ocasiona la afluencia de nuevas influencias no solo ideológicas, económicas y políticas sino también culturales, lo que conlleva la creación de un nuevo marco pluricultural.

Europa es una sociedad pluricultural, al residir en ella diversos ciudadanos que pertenecen a las más divergentes culturas, pero no conforma una sociedad multicultural. La multiculturalidad entraña una convivencia patente en base a un enriquecimiento ilustrativo por las diversas civilizaciones, mientras que la pluriculturalidad parte del etnocentrismo al tomar la propia cultura como soberana en detrimento y menoscabo de las nuevas influencias¹.

Ante este escenario se produce un problema de “cohabitación étnica”² que puede provocar tensiones sociales ya que las minorías pueden efectuar un “repliegue identitario”³ *“al resaltar su cultura intensificando procesos de identidad”*. De igual forma en este clima de conflicto social, en los inmigrantes se puede desarrollar un *“desdoblamiento identitario”*, al no poder determinar qué costumbre y con ello qué normativa debe primar: si la del Estado receptor o las propias cuando existe un antagonismo entre ambas.

Por ende, la resolución del vigente fenómeno debe ser proporcionada por el Derecho, el cual debe ser un fiel reflejo de la sociedad imperante y de las nuevas

¹ OLAIZOLA NOGALES, I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008, núm. 20-03, pp. 2-5.

² MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011, pp. 2-8.

³ SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política. Estrategia para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-11, 2014, pp. 2-8.

situaciones sociales. Doctrinalmente, se enuncian la asimilación, integración y autonomía.

La **asimilación** se funda en la primacía de la sociedad de acogida al considerarse más consistente que la del inmigrante y se perpetúa con la permanencia e inamovilidad de las costumbres y valores propios de esta sociedad imperante.

Esta forma de resolución contrasta frontalmente con una vía moderada de inclusión de las nuevas culturas. De la misma forma, difiere de lo dispuesto en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del 1 de febrero de 1995 elaborado por el Consejo de Europa, en el que se dispone textualmente en el art. 5.2: *“Sin perjuicio de las medidas adoptadas de conformidad con su política general de integración, las Partes se abstendrán de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación”*. Esto es aseverado por el art. II-82 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que declara que *“La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística”*.

En contraposición con lo anterior, se observa como existen vestigios en la normativa española de una política de asimilación como ejemplifica el art. 2.ter de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

“Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”.

Está presente este tipo de política, una vez más, con la nueva redacción del art. 9.3 de la LO citada, en la que se elimina la referencia al “*reconocimiento y respeto a su identidad cultural*” al que se hacía referencia en la anterior normativa.

Si bien, es necesario recalcar que el límite esencial que fija el legislador para la diversidad cultural es el respeto y protección de los derechos humanos. Estos son vulnerados por la Mutilación Genital Femenina (MFG) estudiada y analizada a lo largo de este trabajo.

Prosiguiendo con las formas de resolución, la **integración** se configura como una forma de adaptación recíproca entre ambas culturas basada en el respeto y la tolerancia. En otros términos, su principal finalidad es la inclusión de los inmigrantes en el modelo social a través de la conciliación de determinadas actuaciones de los inmigrantes. Esa armonía se establece en el conocimiento del idioma, legislación y cultura del Estado de acogida sin pasar por un rechazo a su propio bagaje.

Consagrando este modelo como el más anhelado al estar fundado en la tolerancia y la aceptación, procurando esto la fusión de los heterogéneos elementos y la fundación de una nueva sociedad.

El último modelo es la **autonomía**, sustentado en el mantenimiento de los propios valores, normas y prácticas del inmigrante sin tener que afiliarse a la sociedad receptora. De forma que el Estado de acogida les permitiría disfrutar de su propia legislación foránea dentro de sus fronteras. Empero, este tipo incita a la creación de grupos sociales aislados y sin arraigo en la nueva sociedad al mismo tiempo que aceptaría como válidos comportamientos sumamente opuestos a los autóctonos.

En la actualidad, se estima como lo más conveniente el sistema integracionista desde una perspectiva flexible y elástica al buscar la integración de las minorías con los mismos derechos y obligaciones que los nacionales del Estado y con la máxima del sometimiento a los Derechos Humanos como pilar ineludible.

2. Libertad religiosa y salud

En el presente punto se pretende analizar cómo tratar la colisión existente entre dos derechos fundamentales: la libertad religiosa y el derecho a la salud. En un primer momento, se podría estimar que hay una preponderancia intrínseca de la libertad religiosa al pertenecer al núcleo duro de la Constitución Española (CE). Sin embargo, es preciso efectuar un estudio pormenorizado de ambos derechos para poder esclarecer si existe una jerarquía o por el contrario deben ser estudiados *ad casum*.

En primer término, la libertad religiosa es otorgada en virtud del art. 10.1 CE al conformar la dignidad de la persona y con ello, el *status* cardinal de cualquier individuo. En este sentido, al ser un derecho inherente a las personas les corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros al amparo del art. 13 CE y del art. 3.1 LO 4/2000, de 11 de enero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Centrándonos en el propio derecho, este se encuentra recogido en el art. 16 CE y en diferentes normativas internacionales como en el art. 18 DUDH, art. 9 CEDH y art. 18 ICCPR, entre otros. Se encuentra definido como “*un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta con el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere del individuo y que comporta el derecho de los ciudadanos a actuar en ese campo con plena inmunidad de coacción*” (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º)⁴.

No obstante, esta libertad reconocida constitucionalmente en el art. 16.1 CE, no se encuentra exenta de límites, como señala la STC 2/1982, de 29 de enero⁵, FJ 5º:

No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera directa o indirecta de tal norma, en cuanto ha de

⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 24/1982, de 13 de mayo.

⁵ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm.2 /1982, de 29 de enero.

justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

Concretamente, es el propio artículo constitucional el que menciona que esta libertad se ve restringida por el orden público, tal como expresa el art. 16.1: “*sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*”. Esta limitación se plantea en forma de un concepto jurídico indeterminado, siguiendo los parámetros del art. 9.2 CEDH⁶ y la DUDH, y desarrollándose por el art. 3.1 LOLR que dispone:

El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Tanto de la normativa nacional como de los textos internacionales meritados, se puede concluir que “el orden público” es un umbral infranqueable para la libertad religiosa. Particularmente, dentro del orden público, la LOLR incluye la salud pública. Entonces, a tenor de lo expuesto, y considerando que la salud pública está integrada en el término orden público, se cuestiona qué implicación tiene esto en su relación con la libertad religiosa.

Atendiendo a su jerarquización normativa, la libertad religiosa es un derecho primordial e inalienable, al conformar el “núcleo duro constitucional” y encontrarse amparado por las más amplias garantías reconocidas. Por otro lado, puede parecer que la salud pública no es más que un mero principio programático contemplado en el art. 43 CE, si bien, debe entenderse circunscrito en el art. 15 CE, al referirse este textualmente a la “integridad física y moral”. Mientras que el art. 43 CE menciona la “protección de la salud”, de manera, que efectúa un mandato al Estado. Por ende,

⁶ Art. 9.2 CEDH: “*La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*”.

ambos derechos se benefician de la misma protección jurídica del recurso de amparo y con ello son derechos con la misma categoría constitucional.

Por consiguiente, a la vista de lo expuesto nos debemos plantear si el derecho a la vida posee primacía frente al resto de derechos. El derecho a la vida se puede definir en palabras de TORRES DEL MORAL como “*el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujetos*”⁷. Esta es una cuestión un tanto ardua y espinosa como demuestra la STC 53/1985, de 11 de abril⁸, en la que el TC empleó diversos términos para referirse a la vida como derecho, valor superior y central del ordenamiento, valor jurídico fundamental, *prius* lógico y ontológico para la existencia de los demás derechos, sin asentar ninguno de ellos.

En la STS 2842/1987, de 27 de marzo⁹, el TS reconoce en su FJ 2º que “*aunque tanto la libertad religiosa como la vida son bienes constitucionalmente protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás*”. A pesar de todo lo referido, esta preeminencia del derecho a la vida no ha sido acogida de forma muy unánime por la doctrina como se detallará más profundamente.

Según VILADRICH, “*la vida es el más importante y radical en el orden existencial (...) Ahora bien, ¿de qué le aprovecha al hombre el que se le respete su derecho a la vida, si no se le trata, ni se le deja vivir como persona, esto es, según lo más específico y digno de su naturaleza esencial? Es decir, que según la postura mantenida por los llamados autores eclesiasticistas, aunque el derecho a la vida es el primero en el orden existencial, la libertad religiosa e ideológica lo es en el orden esencial*”¹⁰.

⁷ ESCOBAR MARÍN, J.A., “El Derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2006, pp. 58-59.

⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril.

⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 2842/1990, de 27 de marzo.

¹⁰ CORRAL GARCÍA, R., “STC 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pp. 987-990.

Mientras que otra corriente doctrinal, considera que la materia estriba en una comparación de males al estar entre una disyuntiva en la que existe un mal concreto y seguro como es la supresión de la libertad religiosa frente a una muerte no segura.

Por otra parte, otros autores siguen la tesis de que los derechos fundamentales son “emanaciones del derecho de libre desarrollo de la personalidad y de ahí la total irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular”¹¹. Según estos, no se puede dar la plena prioridad al derecho a la vida sin un atisbo de valoración del consentimiento del propio titular del derecho. Esta tesis parece sustanciarse en la STS 950/1997, de 27 de junio, FJ Único: “El adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección”¹².

En palabras del filósofo, John Stuart Mill: “Ninguna sociedad en la que no se respeten cabalmente esas libertades es libre, sin importar su forma de gobierno. Cada uno es el custodio adecuado de su propia salud, ya sea corporal o mental y espiritual. La humanidad sale más beneficiada si deja que cada uno viva como le parezca bien, en lugar de obligarle a vivir como les parezca bien a los demás”.

Ante esta constante dualidad, COMBALÍA manifiesta que para poder decidir qué derecho concreto debe imponerse en cada situación, se debe atender a la capacidad de la persona, el grado de conocimiento de los riesgos asumidos y la carestía de coacción externa. Todos estos condicionantes parecen emular a los principios fundamentales de la bioética¹³:

1. Principio de dignidad de las personas enmarcado en el art. 10.1 CE como principio hermenéutico y regidor de la Carta Magna. En palabras de ROMEO CASABONA:

¹¹ ESCOBAR MARÍN, J.A., *op. cit.*, pp. 60-61.

¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 950/1997, de 27 de junio.

¹³ CORRAL GARCÍA, R., *op. cit.*, pp. 990-991.

La dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE) se configura como el principio informador y raíz de todos los derechos básicos del hombre reconocidos como fundamentales por la CE, sobre los que se proyecta, y constituye su filtro interpretativo, integrador y valorativo de los poderes públicos.

2. Principio de Autonomía entendido como el ejercicio de la libertad y su responsabilidad. Según lo estipulado por DWORKIN, la mayoría de edad sin privaciones por incapacidades otorga esta autonomía, aunque se pueda considerar temeraria. Literalmente dispuso:

Por ejemplo, un testigo de Jehová puede negarse a recibir las transfusiones de sangre que son necesarias para salvar su vida porque las transfusiones de sangre ofenden sus convicciones religiosas. (...) deberíamos respetar las decisiones que las personas toman para sí mismas, aunque consideremos que estas decisiones son imprudentes, porque generalmente cada persona conoce lo más satisfactorio para sus intereses mejor que ninguna otra.

3. Principio de no maleficencia “*alterum non laedere*”, entendido como una protección al derecho a la vida del art. 15 CE.

4. Principio de beneficencia, concebido como el mandato de tomar las decisiones más acertadas atendiendo a los intereses existentes.

5. Principio de justicia, que no es más que el principio de igualdad establecido en los arts. 14 y 9.2 CE.

Estas pugnas entre las convicciones religiosas y el derecho a la salud se manifiestan en diversos supuestos como en las intervenciones corporales contrarias a la integridad física de los menores encarnadas en la ablación y la circuncisión ritual o en el rechazo a los tratamientos médicos protectores de la salud, como la negativa de los Testigos de Jehová a las trasfusiones sanguíneas.

2.1 Autonomía del menor en relación con la libertad religiosa y la salud

Este dilema planteado no es de fácil resolución al entrar en juego tanto diversos bienes jurídicos como la vida, la integridad física y moral, la salud y las convicciones religiosas.

En principio, se debe dilucidar que la mayoría de edad se establece en los 18 años, entendiendo por esta la plena capacidad de obrar de la persona y con ello, el goce de los derechos civiles políticos y sociales en virtud del art. 12 CE. En consecuencia, la minoría de edad se rige por dos pilares jurídicos: la autonomía y la protección. Por autonomía, se entiende que el menor es titular de derechos y que en el progreso evolutivo y madurativo de su desarrollo alcanzará el pleno goce de estos. El segundo pilar, la protección, tiene su origen en el principio *favor minoris* o interés supremo del menor al ser este el que debe regir en todas las situaciones en las que se vea inmerso el menor como se consagra en el art. 154 CC y en la LOPJM.

Aunando la minoría de edad con la libertad religiosa, se debe afirmar sin género de duda, que los menores son titulares de derecho a la libertad religiosa como atestigua que el art. 16 CE haga referencia a “*individuos y comunidades*” y el art. 2 LOLR, reconozca a “*toda persona*”. Al igual que efectúan el art. 6.1 LOPJM que textualmente otorga el “*derecho a la libertad ideológica, conciencia y religión*” y el art. 14.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sea como fuere, no es tan sencillo determinar el grado de autonomía con el que cuenta el menor para el ejercicio de este derecho.

El ejercicio de la libertad religiosa es conflictivo en los menores debido a que los mismos son los titulares del derecho y la facultad de disposición de este no se engloba en la patria potestad o la guarda y custodia, sino que se gradúa “*en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar*”¹⁴. En otras palabras, la aplicación práctica del derecho está ligada irresolublemente a la madurez del menor y al interés superior del mismo.

¹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio.

La madurez es un concepto muy impreciso que requiere un estudio exhaustivo tanto del menor como del supuesto concreto en el que se pretende ejercitar el derecho, dando lugar, a casos en los que la autonomía del menor sea completa mientras que en otros se precisen autorización parental. Concretamente, en el Derecho español, los arts. 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, conforma la autorización libre, voluntaria y consciente del paciente. Particularmente, para determinar la válida emisión del consentimiento por un menor se debe atender a diversos supuestos¹⁵.

Si el menor no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender la intervención, la autorización dependerá de los representantes legales, debiendo escuchar la opinión del menor si ha cumplido los doce años.

Si el menor no ha alcanzado los 16 años y no está emancipado, el requerimiento para que pueda emitir un consentimiento válido depende de su capacidad intelectual y emotiva para entender la intervención según se sustrae a *sensu contrario* del art. 9.3.c Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Si el menor está emancipado o ha cumplido los 16 años y no es incapaz, se le otorga la misma posición que un mayor de edad en la toma de decisiones sobre su salud, sin ser necesario el consentimiento del representante legal según se desprende del art. 9.4 de la anterior ley. Sin perjuicio, del supuesto en el que la actuación sea de grave riesgo, bajo la cual los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta¹⁶. A tenor de este último tema, es menester nombrar la emblemática STC 154/2002, de 18 de julio, que en su FJ 10º lo dilucida:

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo

¹⁵ MORENO ANTÓN, M., *op cit*, pp. 96-105.

¹⁶ RODRIGUEZ BLANCO, M., *Derecho y Religión. Nociones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 127-129.

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto — como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, “en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ (STC 53/1985)” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

Ante esta respuesta jurisprudencial, CORRAL se cuestiona lo siguiente: “¿Se habría dado la misma respuesta desde la libertad religiosa, si una niña muere a consecuencia de una ablación de clítoris consentida por la menor y por sus padres porque así lo disponen sus creencias religiosas?¹⁷. A lo largo del presente trabajo se ahondará en esta interrogación.

¹⁷ CORRAL GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 993

3. Supuestos: ablación o mutilación genital femenina y circuncisión

3.1 Ablación

3.1.1 Terminología

Se pueden emplear diversas sintaxis para hacer referencia a la A/MGF: “mutilación genital femenina”, “ablación genital femenina”, “circuncisión femenina”, “*excision*” (escisión) o “*mutilation sexuelle*” (mutilación sexual) en francés o “*female genital cutting*” (corte genital femenino) en inglés. Pese a ello, es necesario clarificar que no todos estos términos implican ni tienen un mismo sentido, lo cual hace necesaria su precisión para su conceptualización.

La expresión circuncisión no es la más pertinente para nombrar la práctica femenina debido a que evoca erróneamente la masculina, no existiendo entre ambas ninguna similitud ya sea sobre la salud o la razones que justifican su realización. Desde el punto de vista sanitario, en la ablación debido a la pérdida de sangre generada en el proceso, al instrumental empleado y al daño infligido en los órganos sexuales, se incrementa el riesgo de transmisión del VIH. Por el contrario, la circuncisión masculina según diversos estudios realizados disminuye el riesgo de contraer VIH¹⁸. Por lo que, con la diferenciación terminológica se pretende distanciar ambas prácticas.

A partir de febrero de 1990, con la celebración de la III Conferencia del Comité Inter-Africano sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de las mujeres y niños (IAC)¹⁹, en su Asamblea General se elaboró una resolución por la cual se

¹⁸ Diversos estudios realizados en Sudáfrica (2005), Uganda (2006) y Kenia (2006) demuestran que es una forma de prevención del VIH en varones. Sin embargo, la ONU matiza que es método de disminución del riesgo y de la propagación, pero no una panacea que implique una total protección. Reportaje sobre la Circuncisión masculina y el VIH: aquí y ahora de ONUSIDA, de 25 de febrero de 2007; <https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2007/february/20070228mcp2> (Disponible a 25 de junio de 2019).

¹⁹ Inter-African Committee on Traditional Practices affecting the Health of Women and Children (IAC) es una sociedad sin ánimo de lucro internacional. Fue creada en febrero de 1984 en Dakar. Asimismo, tiene el estatus consultivo del ECOSOC (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) y de observador de la Unión Africana. También ha trabajado con UNICEF, OMS y FPNU (Fondo de Población de las Naciones Unidas). Sus dos principales objetivos son: prevenir y eliminar las prácticas perjudiciales para la salud de las mujeres y niñas, desarrollar los derechos humanos de mujeres y niñas y abogar por el cuidado de las personas que han sufrido estas prácticas, a la vez que, promueven prácticas beneficiosas para la salud.

comenzaba a utilizar la denominación “mutilación genital femenina” y se emplazaba a los países africanos a dejar de emplear diversos términos que daban lugar a confusión y que no describían de forma precisa la situación existente como “circuncisión femenina” y “excision”. Igualmente, la OMS recomendó a la ONU que adoptase esta terminología, y por ello es la más usada a nivel internacional.

La expresión “mutilación genital femenina” integra el verbo mutilar que significa “privar de un miembro u órgano a un ser vivo” y a su vez, refleja la gravedad y dureza del acto. A través de esta locución se pueden englobar los diversos tipos de A/MGF como la “circuncisión” y “escisión”. Se prefiere esta denominación sobre las anteriores debido a que permite subrayar lo perjudicial del suceso y acentúa que se está efectuando una amputación de una parte funcional y sana del cuerpo femenino, por lo que se está agrediendo a su integridad física y psíquica. También se puede referir a esta práctica como “ablación genital femenina” que se conceptúa como “extirpación o separación de un tejido”, la cual, es usualmente empleada y la más correcta junto con la anterior.

Actualmente, este término es el utilizado por las instituciones intergubernamentales como demuestran numerosos documentos como: Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/67/146) destinada a la intensificación de esfuerzos mundiales para la eliminación de la mutilación genital femenina, el Informe del Secretario General sobre la erradicación de la mutilación genital femenina, la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: Hacia la eliminación de la mutilación genital femenina, el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, entre otros²⁰.

Asimismo, es enunciada la expresión “*female genital cutting*” por el Fondo de Población de las Naciones Unidas al considerar que es más neutral que las anteriores y debido a las críticas de diversas comunidades que estiman que la denominación MGF

²⁰ Preguntas Frecuentes sobre la Mutilación Genital Femenina según UNFPA <https://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-la-mutilación-genital-femenina-mgf> (Consultada el 18 de junio de 2019).

es peyorativa y solo consigue enfatizar los efectos físicos en menoscabo de los culturales a la vez que estigmatiza la práctica y a las comunidades practicantes^{21 22}.

3.1.2 Tipos de mutilación genital femenina

La OMS evalúa la A/MGF a tenor de lo siguiente “*La mutilación genital femenina (MGF) abarca todos los procedimientos que conllevan una resección parcial o total de los genitales externos femeninos u otra lesión causada a tales órganos por motivos no médicos*”²³.

Se puede clasificar en cuatro tipos con sus correspondientes subdivisiones según la Declaración²⁴ efectuada por la OMS junto con UNICEF y el UNFPA en el año 2008. Esta división se corresponde con la amplitud de la extirpación o extensión anatómica de la ablación y con la cantidad de tejido escindido que está directamente relacionado con la gravedad y el riesgo.

La tipología comprendería las siguientes clases con subdivisiones:

- Tipo I: Resección parcial o total del clítoris y/o prepucio (Clitoridectomía)
 - Tipo Ia: Resección del capuchón o prepucio del clítoris únicamente.
 - Tipo Ib: Resección del clítoris con el prepucio.

²¹ VIDAL GALLARDO, M., “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, en *Derechos y Libertades*, n° 34, Época II, enero 2016, pp. 172-173.

²² Concretamente la *United States Agency for International Development (USAID)* declaraba en el año 2000 lo siguiente: “*Circuncisión Femenina (CF), Mutilación Genital Femenina (MGF), Corte Genital Femenino (CGF), Cirugía Genital Femenina (CGF) son todos términos que se han utilizado para referirse a la tradición de la alteración de los genitales femeninos. En virtud de la política actual, la USAID utiliza el término neutral, Corte Genital Femenino (CGF). Esta decisión ha sido motivada por el rechazo de la expresión MGF por muchos activistas y comunidades que lo consideran un juicio de valor peyorativo y no propicio para el debate y la colaboración [...]. Cuestiones de identidad, cultura y otras normas sociales están entrelazadas en esta práctica. Nombrar la tradición por sus efectos físicos ignora los presupuestos culturales de los CGF [...]. El término “mutilación genital femenina” estigmatiza la práctica en detrimento de los programas que tratan de cambiarla.*”

²³ Definición acuñada en el informe que elaboró UNICEF en 1997 junto a la OMS, UNICEF y UNFA.

²⁴ Clasificación de la Mutilación Genital Femenina según la OMS en Human Reproduction Programme: <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/overview/es/> (Fecha de visita: 18 de junio de 2019)

En la cultura islámica, a esta clase se la conoce como *sunna* y es la más similar a la denominada circuncisión femenina que a su vez se equipara con la masculina. En referencia a lo expuesto, es relevante precisar que las repercusiones femeninas de esta práctica son más acuciadas y dañinas que las masculinas.

- Tipo II: Resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores (Escisión)
 - Tipo IIa: Resección de los labios menores únicamente.
 - Tipo IIb: Resección parcial o total del clítoris y los labios menores.
 - Tipo IIc: Resección total o parcial del clítoris, labios menores y los labios mayores.

La cantidad de tejido extirpado dependerá de la comunidad cultural en la que se encuentre.

- Tipo III: Estrechamiento de la abertura vaginal con la creación de un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores y/o mayores, con o sin escisión del clítoris (Infibulación o circuncisión sudanesa o faraónica).
 - Tipo IIIa: Resección y recolocación de los labios menores.
 - Tipo IIIb: Resección y recolocación de los labios mayores.

Esta técnica es la más severa y perjudicial al conllevar un riesgo constante de contraer infecciones al realizarse únicamente un pequeño orificio desde el que saldrá la sangre menstrual y la orina.

Con este tipo, está conectada la desinfibulación que consiste en realizar un corte a la mujer que se la ha practicado previamente la infibulación para permitir la penetración o facilitar el parto. A su vez, tras efectuar esta, se volvería a practicar la infibulación, denominándose esta praxis, reinfibulación.

- Tipo IV: Procedimientos lesivos de los genitales femeninos con fines no médicos, por ejemplo: punción, perforación, incisión, raspado o cauterización. Dentro de este tipo se encuadra la *introcisión* que es una técnica por la que se amplía el orificio vaginal o himen por medio de cortes o desgarros.

Asimismo, se debe añadir de forma sobria que el tipo IV incorpora una pluralidad de intervenciones entre las cuales no se secciona tejido genital, lo que ocasiona un menor daño o riesgo en comparación con el resto de los tipos I, II y III, en los que sí se incluye dicha resección.

Los niveles I y II son de práctica más frecuente al representar alrededor de un 90% de los casos, mientras que el tipo III solo es realizado en el 10% de las mujeres afectadas. Particularmente, las dos primeras clases son predominantes en África subsahariana occidental y el tipo III, es más común en África oriental, comúnmente en Somalia, Eritrea, Sudán y Etiopía. En Djibouti, Níger, Somalia, Senegal y Eritrea, según un estudio se puede estimar que más de una de cada cinco niñas ha sufrido el tercer tipo, que es la práctica más radical.²⁵

Sin embargo, se debe evidenciar que el tipo de mutilación, la edad y la forma en que se lleva a cabo depende del país en el que se efectúe y dentro del mismo, de la etnia, familia e incluso de si la zona de residencia es urbana o rural.

3.1.3 Contexto antropológico de la mutilación genital femenina

En el presente apartado, se procede a analizar la perspectiva antropológica del tema tratado, particularmente su origen, distribución geográfica, con una especial reseña a nuestro Estado, a las razones que respaldan esta actuación y las consecuencias que entraña. Se estima imperiosa la presente contingencia debido a que, a través de

²⁵ Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015. Consultada el 26 de junio de 2019: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Protocolo_MGF_vers5feb2015.pdf.

ella, se va a poder presentar la mutilación genital ante el Derecho como un fenómeno complejo y enrevesado por su diversidad cultural.

- **Origen histórico**

Respecto al génesis, no se puede precisar de forma fiel el momento en el que se inició ya que es un rito muy vetusto, que se practicaba con anterioridad a la aparición de las religiones monoteístas.

La teoría más difundida sostiene que las primeras prácticas fueron realizadas en el Antiguo Egipto debido a la aparición de unas momias datadas en el siglo XVI a.C. que presentaban estos rasgos. Esta tesis también se sustenta en la terminología de una de las prácticas denominada “circuncisión faraónica”. Aunque debemos puntualizar que no se puede declarar que esta teoría sea veraz con total firmeza según asegura la profesora de Egiptología en la Universidad Norteamericana del Cairo, Salima Ikram²⁶.

No es desdeñable señalar que desde la Historia si se hacen diversas alusiones a la circuncisión, como evidencia que fuese nombrada por el geógrafo griego Estrabón²⁷ en su visita realizada a Egipto en el año 25 a.C. o por el físico griego Aetios en el siglo VI d.C. Se cree que posteriormente se extendió a las zonas tropicales de África y Filipinas y a determinadas tribus del Amazonas y Australia.

Igualmente, con base en la denominación de la práctica se presenta en este mosaico de teorías, otra que atribuye su procedencia a la Antigua Roma, debido a que

²⁶ Textualmente declaró a Discovery Noticias “*No era una práctica habitual en el Antiguo Egipto. No se han encontrado evidencias físicas en momias y tampoco figura registrada en obras de arte o papiros de la época. Es probable que se haya originado en el África Subsahariana y que fuera adoptada aquí más tarde*”.

²⁷ En su obra *Geographica* escribió: “*Una de las costumbres más observada entre los egipcios es precisamente esta, en la que se circuncida a cada varón cuando nace y se establecen impuestos especiales por las niñas*”.

el vocablo “infibulación” se empleaba para referirse a unos broches utilizados por las esclavas romanas llamados fíbulas con los que cerraban las togas²⁸.

En el siglo XIX, particularmente en EE. UU. e Inglaterra, se realizaba oficialmente la clitoridectomía por los ginecólogos y psicólogos con el fin de tratar diversas patológicas psicológicas como la histeria, epilepsia e incluso la ninfomanía.

Durante todo este tiempo, la ablación era considerada como un acto de interés privado y con ello, con relevancia únicamente para los Estados en los que se producía. A raíz de esto, no se establecían legislaciones o recomendaciones internacionales al concebirse como una tradición cultural.

Precisamente, no fue hasta el siglo XX cuando la ablación comenzó a ser considerada como una forma de violencia contra la mujer y de violación de los derechos humanos. La primera visibilización se produjo el 18 de diciembre de 1979 cuando la ONU aprobó “*Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*”. Siendo reforzada a su vez por otras conferencias internacionales como la “*Conferencia mundial sobre los Derechos Humanos*” celebrada en Viena (1993), “*Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*” en el Cairo (1994) y la “*Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*” en Pekín (1995), así como en distintas reuniones de seguimiento en Beijing +5 y Beijing +10 celebradas en EE. UU. durante los años 2000 y 2005 respectivamente.

Ulteriormente, a partir de esta fecha diversos países introdujeron en sus normativas la abolición de estos actos. Siendo la pionera en esta normativa, Suecia en 1982; seguida por Reino Unido en 1985. En la actualidad, está prohibida en la mayoría

²⁸ MEDICUS MUNDI ANDALUCÍA, “Mutilación Genital Femenina. Más que un problema de salud”, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2008, pp. 28 y ss.

de los países africanos, a pesar de que se sigue consumando²⁹. Igualmente, es ilícita en otros países Occidentales³⁰.

Si bien, hoy en día se ha hecho más visible y se han creado marcos jurídicos que avalan su persecución, se calcula que cada año más de tres millones de niñas pueden sufrir MGF y esta ya se ha efectuado a más de 200 millones de mujeres y niñas vivas alrededor de África, Oriente Medio y Asia según datos de la OMS. Del mismo modo, a consecuencia de los movimientos migratorios, se ha comenzado a extender a Europa, EE. UU., Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

- **Distribución geográfica**

Desde el punto de vista territorial, se considera la MGF un hábito extendido en el continente africano al efectuarse aproximadamente en 28 países³¹, con especial relevancia en su costa atlántica, también denominada Cuerno africano (Yibuti, Eritrea, Etiopía y Somalia).

Con menor incidencia, pero también significativo en determinados países de Asia y Oriente Medio. En Asia, no se puede precisar su frecuencia, pero sí que se lleva a cabo en poblaciones musulmanas localizadas como Indonesia, Malasia, Pakistán y Sri Lanka. Particularmente, en India, se trata de una secta musulmana llamada *Daudi Bohra*, la que perpetra la clitoridectomía. Respecto a Oriente Medio, se encuentran

²⁹ Los siguientes Estados tienen normativa que veta la mutilación genital femenina: Benin (2003); Burkina Faso (1996); Chad (2003); Costa de Marfil (1998); Djibouti (1994); Egipto (2008); Eritrea (2007); Etiopía (2004); Ghana (1994, 2007); Guinea (1965); Guinea-Bissau (2011); Kenia (2001, 2011); Liberia (2017); Mauritania (2005); Níger (2003); Nigeria (1999-2002, 2015); República Centroafricana (1996); Senegal (1999); Sudáfrica (2000); Sudán (2008, 2009); Tanzania (1998); Togo (1998); Uganda (2010); Zambia (2005, 2011); y Sierra Leona (2019).

³⁰ También existe una legislación que no permite la ablación en: Australia (1994), Austria (2002), Bélgica (2000); Canadá (1997); Colombia (2009); Chipre (2003); Dinamarca (2003); España (2003); Estados Unidos (1996; 17 de los 50 estados entre 1994 y 2006); Francia (1979); Italia (2005); Noruega (1995); Nueva Zelanda (1995); Portugal (2007); Reino Unido (1985); Suecia (1982, 1998) y Suiza (2005, creando una normativa más rigurosa en 2012).

³¹ Estos países que lo integran son: Benin, Burkina Faso, Camerún, República Centroafricana, Chad, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Egipto, Etiopía, Eritrea, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Tanzania, Togo, Uganda, Yibuti). Lo cual se podría asimilar con un tercio de la población femenina africana.

focalizado en Iraq, Omán y Emiratos Árabes Unidos y Yemen. Del mismo modo, se conocen casos en América Latina, con notabilidad en las tribus indígenas de Colombia, Brasil, México y Perú; y en Australia. Sin obviar, que debido a las migraciones se produce también en Europa³² y Norteamérica, pero no con la misma periodicidad que en los anteriormente nombrados³³.

En consecuencia, según UNICEF: *“la práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda guerra mundial y muchas de las emigraciones provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”*³⁴.

Igualmente, no se debe entender como una práctica generalizada en todos los países africanos ni tampoco dentro de un mismo país en todos los grupos étnicos ya que existe disparidad³⁵. De la misma manera, ocurre con el factor socioeconómico, que hace que haya mayor prevalencia en las zonas rurales que en las urbanas.

Una vez efectuada una aproximación general a la situación geográfica mundial, se procede a hacer un sucinto comentario sobre esta coyuntura en el territorio español.

³² Según la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE, en Europa cada año aproximadamente 180 000 mujeres pueden ser sometidas a esta práctica o ya lo han sido.

³³ Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: Mutilación Genital Femenina elaborado por WHO.

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98838/WHO_RHR_12.41_spa.pdf;jsessionid=C7B87DF2DB33631892B1B07CA04542F2?sequence=1 (En línea el 26 de junio de 2019)

³⁴ Informe Unicef. Cambiar una convención social perjudicial: ablación o mutilación genital femenina, Siena, Unicef, 2005, Centro de Investigaciones Inocenti. Vid, <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>

³⁵ Se podría ejemplificar que en etnias como: Wolof, Serer o Ndiago no se practica. A sensu contrario, de lo que ocurre en otras como: Sarahule, Djola, Mandinga, Fulbé (Pular, Tuculer), Soninke, Bámbara, Dogon, Edos, Awusa o Fante que se extiende principalmente por Gambia, Senegal, Malí, Mauritania, Nigeria, Camerún y Guinea Conakry. Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015. https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Protocolo_MGF_vers5feb2015.pdf (Visto a 26 de junio de 2019).

En España, no existen datos a nivel nacional que permitan determinar el número de mujeres mutiladas residentes, sin perjuicio de los Protocolos sobre mutilación genital femenina que recogen algunas CCAA. Sin embargo, si son manifiestamente conocidos dos casos concretos de mutilaciones efectuadas en nuestro territorio en Cataluña en el año 1993 y en Palma de Mallorca en 1996.

Hoy en día, según datos de un informe efectuado en el año 2016, en España residen 69.086 mujeres de Estados donde la ablación es una costumbre ancestral. Este dato representa un aumento frente al último informe del año 2012, del 5,2%. De esta cifra, se determina que un tercio están empadronadas en Cataluña, seguidas por la Comunidad de Madrid y por Andalucía. Si bien los mayores aumentos de esta población han sido en el Principado de Asturias y Galicia, con un 21%. Es conveniente resaltar que la población residente es originaria fundamentalmente de Senegal, Nigeria, Mali y Gambia³⁶.

- **Fundamentos de la praxis**

Respecto a las causas de la MGF no es posible aducir una única justificación sustancial y primordial debido a la coexistencia de diversos y heterogéneos factores como la tradición, la religión, la cultura, la higiene y estética, entre otros. De igual forma, no se debe preterir la gran variedad de Estados y dentro de estas etnias o comunidades en las que se ejecuta, lo que ocasiona mayor pluralidad y diversidad de razones.

A pesar de ello, de forma inductiva se podría estimar que se continúa realizando la práctica como una forma de conformidad social profundamente arraigada que es expresión de una discriminación de género, como se demostrará a través del análisis pormenorizado de los diversos factores esgrimidos para legitimar esta praxis.

³⁶ Toda esta información ha sido obtenida por la Fundación Wassu-UAB que realiza un Mapa de Mutilación Genital Femenina en España cada 4 años. Mapa de la Mutilación Genital Femenina (MGF) en España en 2016, Fundación Wassu UAB, 2016.
https://mgf.uab.cat/esp/novedades_Mapas_2016.html (Vista el 26 de junio de 2019).

En primer término, uno de los factores con mayor consistencia y que constituye el nexo vehicular de todas ellas, sería la **tradicción** ya que consideran que la MGF es una práctica arraigada y que implica la pertenencia e integración en un determinado grupo social, lo que le permite gozar de ser un miembro de la tribu. Jomo Kenyatta, ex presidente de Kenia argumentaba que este tipo de mutilación era insoslayable de la pertenencia al grupo social, en sus propias palabras, la “abolición ... destruiría el sistema tribal”, cuando hacía referencia a la tribu kikuyus.

En relación con el anterior motivo, se encuentra el **sociocultural**. Esta causa es adoptada de forma asidua para perpetuar la ablación a través del empleo de la presión social de adaptación a lo que hereditariamente ha realizado la comunidad o etnia. De igual manera, esta conducta se expande a otros grupos vecinos como una vía de propagación o se retoma como una forma de resurgimiento espiritual y religioso.

Algunos antropólogos lo consideran un rito de iniciación que simboliza el paso de la niñez a la edad adulta lo que explica la intervención ritual sobre los genitales. Debemos recapitular que este tipo de sociedades son patriarcales y en las que el único medio de entrada de la mujer a la comunidad es a través del matrimonio. A tenor de ello, se crea una gran presión social para llevar a cabo la práctica ya que de otra manera se encontrarían expuestas al aislamiento y ostracismo social como ejemplifican la siguiente manifestación recogida por el periódico *IRIN: Razor's Edge*:

“Si no has sido cortada, nadie quiere hablar contigo, las niñas y los niños en la escuela se reirán de ti porque todavía eres una niña. Ningún hombre querrá casarse ni tener relaciones sexuales contigo si no has sido cortada”

A su vez, esta praxis está unida a diversas creencias o mitos, al concebir que a través de la ablación se ve incrementada la feminidad o la docilidad. Y con ello, se asegura la obediencia y fidelidad de la mujer al impedirle realizar actos sexuales fuera del matrimonio. Algunas tribus, como los bambara de Senegal, creen que si no se efectuase esta medida el clítoris podría matar al hombre u otras que creen que el bebé podría morir en el parto si tiene contacto con el clítoris.

Al mismo tiempo, este factor se encuentra ligado con la **identidad cultural** de las niñas, ya que como hemos comentado es una ceremonia a través de la cual se supera la pubertad y se las introduce en la madurez. Según el etnógrafo VAN GENNEP, A.³⁷, estas ceremonias de culto se pueden descomponer en ritos de separación (preliminares), marginación (liminares) y agregación (postliminares)³⁸. Emplearemos de forma ejemplificativa el rito de paso de iniciación aportado por la antropóloga KAPLAN MACUSÁN, A., sobre los niños y niñas de Senegambia denominados “*kaseo*” y “*ñyaka*”. En la primera fase, de separación, los niños son apartados de la comunidad y circuncidados, mostrando la ruptura con la etapa previa a través de la sangre y el dolor. La segunda etapa, de marginación, se prolonga el período que dura la cicatrización de la herida y el aprendizaje que les trasmite fundamentado en las tradiciones y culturales de su pueblo. Siendo la tercera, de agregación, donde los niños ya son considerados miembros de pleno derecho de la comunidad lo que les comporta nuevos roles y derechos en la misma³⁹.

Lo que proporcionan estas heridas imborrables es una señal de filiación étnica y pertenencia a esa comunidad, ya que esto debe ser entendido en relación con la estructura social que conforman estos pueblos. “*Las intervenciones rituales sobre los genitales femeninos son una cuestión de identidad y constituyen elementos*

³⁷ Arnold Van Gennep es un etnógrafo francés cuya principal obra es los “Los ritos de paso” en la que sostiene que las personas a lo largo de su vida se suceden diversas etapas: nacimiento, pubertad, matrimonio, paternidad, progresión de clase, especialización ocupacional y muerte. Asimismo, dentro de estas fases considera que existen tres períodos singulares como son: la separación basado en la separación del individuo del grupo social, el margen donde el individuo se encuentra entre el estatus que ostenta y al que aspira y finalmente, la agregación donde la persona ya ha adquirido el estado anhelado y con ello unos derechos y obligaciones en la sociedad.

³⁸ Estas categorías no tienen porqué desarrollarse en todos los cultos ni en todas las etnias o incluso alguno de ellos puede constituir una etapa autónoma por si misma o estar mas desarrollados en alguna de las fases. Un ejemplo de lo anterior, serían los funerales donde se desarrolla en mayor medida la separación o el paso de la adolescencia al noviazgo que comporta una etapa de separación independiente. VAN GENNEP, A., *Los ritos de paso*, Alianza Editorial, Madrid, 1969, p. 25.

³⁹ La autora explica este paso como “*Este sentimiento de pertenencia al que estarán ligados durante el resto de su ciclo vital, otorga unas señas de identidad propias, avaladas por unas huellas físicas imborrables, permanentes e inalterables, que llevarán de por vida, y por unos aprendizajes propios que caracterizan y diferencian a cada uno de los grupos*”. KAPLAN MARCUSAN, A., *De Senegambia a Cataluña. Proceso de Aculturación e Integración Social*, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 1998, pp. 69-70.

fundamentales para la psicología tribal, ya que recuerdan a los miembros su pertenencia al grupo”, como relata JOMO KENYATTA⁴⁰.

A la par es la vía de transmisión de la cultura femenina de una generación a otra. A su vez, proporcionar a la mujer la oportunidad de contraer matrimonio, ya que sin este requisito no podría acceder a ello, y sería considerada una paria. Expresado en palabras de LA BARBERA: *“por esta razón las mujeres africanas someten a sus hijas a estas intervenciones rituales ya que una niña no circuncidada es considerada inaceptable para el matrimonio. De manera que una madre que no exponga a su hija a la extirpación en determinadas comunidades es considerada una mala madre que no cumple con sus deberes y, por tanto, se sentirá culpable de no dar cabida a su hija en una vida social normalizada con éxito matrimonial”*.

Otro de los puntos a mencionar sería la **cuestión religiosa**. Se podría vaticinar de forma prejuiciosa que este es el factor decisivo y capital que fomenta esta costumbre. A *sensu contrario*, y a tenor de lo manifestado en el apartado precedente referido al origen, esta usanza precede a las tres grandes religiones monoteístas a pesar de estar difundido en todas ellas. Por consiguiente, desde una perspectiva cronológica no se podría relacionar con el cristianismo o islam, aunque sí que tiene un vínculo con estas religiones que se esclarecerá a continuación.

En relación con el cristianismo, se puede atribuir su origen a los *falashas* (judíos etíopes). Actualmente, se debe concretar que se efectúa en Egipto por los cristianos coptos o en las zonas católicas de Camerún o Nigeria o Etiopía.

A pesar de ello, no existe ningún tipo de referencia a la ablación a lo largo de los escritos bíblicos y la misma fue condenada recientemente por el Papa Francisco⁴¹.

⁴⁰ LA BARBERA, M.C., “Mujeres, migración y Derecho penal. El trato jurídico de la ‘Mutilación Genital Femenina’”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Social-Legal Studies*, vol.4, núm 1, 2010, p. 40.

⁴¹ “Las muchas formas de esclavitud, la comercialización y la mutilación del cuerpo de las mujeres, exige que nos comprometamos con la derrota de estos tipos de degradación, que las reduce a meros objetos que son comprados y vendidos” como dijo textual en la Reunión sobre asuntos femeninos celebrada en el Consejo Vaticano para la Cultura en febrero de 2015.

Sino que esta praxis sería opuesta a lo defendido por las santas escrituras al estimar que Dios creó al hombre bajo su propia imagen⁴² ⁴³. De igual forma, desvirtuaría los conceptos de virtud que deben lograrse desde la devoción y principios religiosos y no impuestos por el exterior como se efectuaría con la MGF.

En referencia al islam, al igual que ocurre con el cristianismo no existe un ejercicio integral de procedimiento en todas las comunidades musulmanes ni tampoco se encuentran en la principal fuente⁴⁴ de la religión islámica, el Corán. No obstante, si existen un *hadith* en el cual se recomienda la ablación de tipo leve, aunque no se considera una fuente fiable y contrastada debido a la cadena de narradores. Aunque se pudiese considerar válido este *hadice* debemos ponderar que se trata de una mera recomendación que no goza de imperatividad. Por ello, “*se trata del resultado de una interpretación sesgada, puntual, no generalizada y, desde luego, aberrante*” y que “*se deriva de la tradición oral, puesto que son los proverbios atribuidos a Mahoma los que se invocan en este caso, y su veracidad no es unánimemente aceptada por los líderes islámicos*”⁴⁵. Actualmente, únicamente es defendida por fundamentalistas islámicos que promueven esta praxis como una enraizada pugna y a la vez, de defensa del islam frente a intromisiones del mundo occidental.

⁴² LUCAS, B., “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina”, en *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, nº 17, 2008.

⁴³ Esto es aseverado en las siguientes declaraciones del Obispo Moussa, de la Iglesia Ortodoxa Copta y representante del Papa Shenouda III: “[...] desde la perspectiva cristiana, esta práctica no tiene ninguna base religiosa. Además, no tiene base desde el punto de vista médico, ni moral ni práctico. [...] Cuando Dios creó al ser humano, lo hizo todo por su bien (tanto en los hombres como en las mujeres): cada órgano tenía su función y su papel. Entonces, ¿por qué permitimos la desfiguración de la buena creación de Dios? No hay ni un solo versículo en la Biblia, ni en el Viejo ni en el Nuevo Testamento, ni hay nada en el judaísmo ni el cristianismo; ni un solo versículo habla de la circuncisión femenina”. Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina, UNICEF, 2005, Innocent Digest.

Consultado en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf> (En línea a 29 de julio de 2019)

⁴⁴ Es ineludible para una mejor comprensión enunciar los diversos tipos de fuentes legales del islam existentes. Las fuentes primordiales son el Corán, que recoge la palabra de Alá y los *hadices* (“*hadith*”), que son dichos y hechos del profeta Mahoma y los primeros Califas. Dando lugar esta última fuente unida a la biografía de Mahoma (“*Sira*”) a la *Sunna*. Por otro lado, las dos fuentes secundarias son el *ichmá*, basada en la opinión de los eruditos (“*muchtadihines*”) sobre la interpretación de las anteriores fuentes y la *quiyás*, con base en un razonamiento analógico de las fuentes previas para hallar una solución.

⁴⁵ VIDAL GALLARDO, M., *op. cit.*, pp. 176-177.

El resto de las religiones que continúan con esta práctica son animistas tradicionales.

La **higiene y la estética** son otros de los componentes de legitimación que acrecientan la proliferación de esta práctica bajo la convicción de que los genitales femeninos puede producir daños al feto en el parto o incluso matarlo o simplemente por motivos estéticos al considera los genitales antiestéticos. Esta creencia se encuentra en conjunción con la ablación como un acto de purificación femenino que permite hacer a la mujer más digna y con ello, reside su honorabilidad y respeto para su familia. Esto es aseverado por el propio lenguaje, debido a que, en algunas lenguas, mutilación es sinónimo de purificación (*tahara* en Egipto, *tahúr* en Sudán) o limpieza (*sili-ji* entre los bambarras, grupo étnico de Malí). En determinadas tribus, las mujeres no mutiladas están estigmatizadas por considerarlas poco pulcras y las excluyen de acciones tan banales como manipular alimentos y agua⁴⁶.

A la par, se debe tener en cuenta que es tal la concepción de tradición e identidad con la que caracterizan a esta práctica, que provoca su insoslayable ejecución a pesar de haber emigrado ya que, con ello, garantizan la reintegración en su estructura social. Como relata literalmente LA BARBERA, “*las intervenciones rituales sobre los genitales adquieren nuevos significados en los países occidentales, donde se han convertido en símbolos de tradición, identidad y autenticidad, transformando el cuerpo de la mujer en una frontera étnica*”.

A lo largo del presente apartado, se ha evidenciado que no existe un único o primigenio fundamento o base que atestigüe esta lesión, sino que existen diversas y variadas razones y más teniendo en cuenta la pluralidad de culturas practicantes. Si bien, sí que se puede concluir indubitadamente que la mayoría de las causas estriban en el género y como es necesaria la realización de este cercenamiento para conseguir la efectiva integración en el grupo social. A tenor de ello, reside en la misma una

⁴⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los Derechos Humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 1998. Vid en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12056.pdf>.

convención social basada en el miedo a la proscripción y apartamiento que se perpetúa mediante esta lesión.

- **Consecuencias sanitarias**

Las repercusiones médicas que conlleva esta aplicación dependen de diversos componentes como el alcance y tipo de mutilación, el entorno, el material empleado, el estado físico de la mujer o niña, entre otros. Aunque sí se puede afirmar sin género de duda, que legan unas secuelas físicas y psicológicas irreversibles.

Durante la propia sesión se pueden provocar dolores, hemorragias, conmoción y daños en los órganos adyacentes. Las hemorragias pueden llegar a producir la muerte. Con posterioridad a su realización, pueden producirse infecciones graves y retenciones de orina. Todo ello, asociado a la falta de material esterilizado, que es un foco de propagación de VIH, Hepatitis B o tétanos.

Más a menudo, se originan otros trastornos más graves y perennes como infecciones crónicas, hemorragias intermitentes o tumores benignos del nervio que producen clitoridectomía y la excisión induce a un dolor extremo y malestar general. A estos habría que añadirles problemas menstruales y ginecológicos como demuestran las complicaciones durante el parto o incluso llegar a ser infértiles.

Concretamente con la infibulación, los efectos a largo plazo son más arduos y trascendentales médicamente, al provocar infecciones crónicas e inmanentes en el tracto urinario, piedras en la vejiga y uretra, trastornos renales, infecciones en la pelvis, tejido cicatrizal excesivo, entre otros. En el mismo sentido, también afecta al parto, si no hay asistencia facultativa se pueden producir desgarros perineales u obstrucción vaginal.

Todo ello, se ve intensificado por el secretismo y hermetismo que rodea a la mutilación genital femenina y por la protección de los ejecutantes que implica que en el momento en que se producen las infecciones sanitarias se desconozca con precisión

cómo se efectuó la ablación y con ello, la forma de prevenir los problemas sanitarios. Teniendo en cuenta las convicciones de las culturas en las que se perpetra, lo habitual es que achaquen este tipo de dificultades a la presunta “promiscuidad” de la niña o a que los padres no lo han llevado a cabo de la forma correcta⁴⁷.

Entre las afecciones psicológicas, las más habituales son trastornos psicósomáticos, estrés postraumático, ansiedad, depresión, angustia junto con la degradación y humillación que conlleva el trauma. KAPLAN MARCUSAN identifica este trauma como un síndrome denominado “*genitally focused anxiety-depression*” singularizado por el pánico a la infertilidad y la preocupación por los genitales femeninos⁴⁸.

Algunos expertos opinan que tras realizarse la mutilación y por las secuelas psicológicas que conlleva y especialmente bajo el trauma, las mujeres se comportan de forma “*dócil y tranquila*”, lo cual, es vista de forma muy positiva por sus sociedades que al final es el objetivo pretendido.

Al mismo tiempo, la ablación concebida como un paso a la vida adulta, implica en muchos casos el abandono escolar de las niñas debido al trastorno y a que consideran que ya ha entrado en su edad adulta y con ello, está preparada para la unión matrimonial.

3.2 Circuncisión

Una vez tratado el tema de la ablación, en el este apartado se pretende de forma contrita exponer qué es la circuncisión masculina y las similitudes o divergencias que presenta con la ablación. Es imperativo tratar ambos supuestos para poder comprender con exactitud porque sobre la ablación si existe una prohibición y por el contrario sobre

⁴⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁴⁸UNICEF, “Día contra la Mutilación Genital Femenina: sus peores consecuencias”.

<https://www.unicef.es/blog/dia-mutilacion-genital-femenina-consecuencias>.

OMS, “Salud sexual y reproductiva. Complicaciones sanitarias de la Mutilación Genital Femenina;

https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/health_consequences_fgm/es/ (Consultado el 14 de julio de 2019).

esta práctica masculina no se tipifica. Así pues, aspiramos a comprender si existe algún tipo de interacción entre ambas prácticas debido a los fundamentos por las que se realizan o si opuestamente atienden a diversos razonamientos.

La circuncisión masculina o postectomía, como es denominada clínicamente, es una cirugía a través de la cual se efectúa una escisión en el prepucio ocasionando su extirpación total o parcial. Se trata de una de las intervenciones quirúrgicas más corrientes y ancestrales de la historia, sus inicios se remontan aproximadamente a 2300 años a.C. en Egipto, como demuestran las pinturas encontradas en un templo egipcio que datan de ese año. A través de esta civilización, se transmitió a algunas religiones monoteístas como el judaísmo, el islam y a tribus africanas con raíces de las anteriores.

A partir del siglo XIX, con los movimientos migratorios y avances quirúrgicos, se incrementó su uso por nuevas motivaciones. En la actualidad, se cree que un 33% de la población masculina mundial ha sido circuncidada, lo que encarna alrededor de 670 millones.

Esta obra puede deberse a diversas razones. Para algunos, la motivación de esta reside en la creencia de que en el prepucio habita el alma femenina del hombre y con su extirpación, se le libera y con ello, se le convierte en un verdadero hombre. Por lo que sería un signo de iniciación que les permite consagrarse con este rango dentro del grupo social o etnia⁴⁹.

Para los judíos, la circuncisión ritual o *berit milá* (“Pacto o Alianza de quitar el prepucio”) se trata de un acto ceremonial por la cual entre el sexto y octavo día desde el nacimiento del niño se le realiza por el *mohel* o circuncidador, que es una persona autorizada e instruida para efectuarlo mientras el niño es sujetado por su padrino o *sandak*. Esta celebración emana como una vía de renovación del pacto de Abraham y su descendencia con Yahvé (Génesis 17:1, 9-14)⁵⁰ recogida en el *Torah*.

⁴⁹ CANO RUIZ, I., “Cultura, religión y Derecho penal en la Mutilación Genital Femenina”, en *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017, pp. 242-243.

⁵⁰ “Era Abram de edad de noventa y nueve años, cuando le apareció Jehová y le dijo: Yo soy el Dios Todopoderoso; anda delante de mí y sé perfecto. (Génesis 17:1) (...) Dijo de nuevo Dios a Abraham: En cuanto a ti, guardarás mi pacto, tú y tu descendencia después de ti por sus generaciones. Este es mi

Mientras que para los musulmanes se denomina *Tahara* (“Purificación”) o *al-jitan* en árabe, es una práctica inmemorial que testimonia de los ritos preislámicos, como demuestra que no exista una sola mención explícita en el Corán. A pesar de ello, se realiza fervientemente entre esta comunidad religiosa⁵¹. Se efectúa a los niños entre los tres y siete años o a los trece años. Al igual que en el judaísmo, la persona que la implanta no tiene formación médica, pero ha sido instruida para ello.

En los países cristianos no es una usanza asidua debido a que ha tenido un mayor peso la tradición grecorromana. En la Antigua Roma, inspirada por la Iglesia católica⁵², esta práctica estaba legalmente prohibida. Esta ausencia de ancestralidad también está patente en el Nuevo Testamento, como muestra que solo se nombre de forma explícita en el Evangelio de Lucas (2:21)⁵³. Asimismo, el apóstol San Pablo en el Nuevo Testamento la rechazaba: “*Porque en Cristo Jesús ni la circuncisión vale algo, ni la incircuncisión, sino la fe que obra por el amor.*” (Gálatas 5:6). A pesar de ello, el cristianismo copto de Egipto y el ortodoxo etíope, que representa dos comunidades cristianas ancestrales, continúan practicando la circuncisión⁵⁴.

Debido a las migraciones ya nombradas y a la proliferación de diferentes religiones integristas entre las que se encuentra el Evangelismo, este uso se ha expandido por EE.UU., América Latina y Corea.

pacto, que guardaréis entre mí y vosotros y tu descendencia después de ti: Será circuncidado todo varón de entre vosotros. Circuncidaréis, pues, la carne de vuestro prepucio, y será por señal del pacto entre mí y vosotros. Y de edad de ocho días será circuncidado todo varón entre vosotros por vuestras generaciones; el nacido en casa, y el comprado por dinero a cualquier extranjero, que no fuere de tu linaje. Debe ser circuncidado el nacido en tu casa, y el comprado por tu dinero; y estará mi pacto en vuestra carne por pacto perpetuo. Y el varón incircunciso, el que no hubiere circuncidado la carne de su prepucio, aquella persona será cortada de su pueblo; ha violado mi pacto. (Génesis 17: 9-14)”

⁵¹ FÉLIX BALLESTA, M.A., “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)*, XVI, 2000, pp.189-192.

⁵² Se extendió una bula papal que disponía lo siguiente: “*Manda, pues, absolutamente a todos los que se glorian del nombre cristiano que han de cesar de hacer la circuncisión en cualquier tiempo, antes o después del bautismo, porque ora se ponga en ella la esperanza, ora no, no puede en absoluto observarse sin pérdida de la salvación eterna*”.

⁵³ “*Cuando se cumplieron los ocho días y fueron a circuncidarlo, lo llamaron Jesús, nombre que el ángel le había puesto antes de que fuera concebido*” (Lucas 2:21).

⁵⁴ UNAIDS, “Circuncisión masculina: Contexto, Criterios y Cultura”, en <https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2007/february/20070226mcpt1> (En línea el 27 de agosto de 2019).

Su propagación también se ha visto inducida porque según unos estudios recientes se cree que se reduce notablemente el riesgo de que un hombre contraiga el VIH según afirma la Dra. CATHERINE HANKINS, asesora científica de ONUSIDA.

Aunque la religión es el factor acuciante para estas actuaciones, existen otras causas, como razones sanitarias de tipo terapéutico o profiláctico para tratar de paliar o remediar afecciones como la fimosis, la balanopostitis crónica, las hipospadias o para prevenir inoculaciones urinarias. Pese a ello, este tipo de profilaxis curativas solo representan un 1% de todas circuncisiones efectuadas según anuncia la *Canadian Paediatric Association*. Además, solo se recomienda su empleo cuando este sea el procedimiento menos invasivo y efectivo debido a las derivaciones que entraña según señaló el *Medical Ethics Committee* británico⁵⁵.

Entre sus principales riesgos se encuentra la hemorragia ocasionada con la intervención que puede causar la muerte si el paciente tiene hemofilia no diagnosticada o si se infecta la herida. Así pues, no debemos olvidar que la práctica corriente en que se realice entre recién nacidos y con instrumentos sin esterilizar o anestesia lo que incrementa los riesgos.

Otra de las motivaciones no dogmáticas, es la incorporación a una determinada cultura entendido como un ritual de paso de la niñez a la madurez asociada con factores como la identidad social y la masculinidad. Se asimilaría a los ritos de paso, narrados por el etnógrafo VAN GENNEP a los que se hace referencia en la ablación. Esto es propio de las étnicas del África subsahariana, los aborígenes australianos, los habitantes de Filipinas, la zona orientad de Indonesia o islas del Pacífico como las Fiji y la Polinesia.

Actualmente, está surgiendo una gran controversia en lo que respecta a la misma desde que en junio de 2012 una corte alemana dictaminase que la circuncisión

⁵⁵ DISIDENTIA, “La mutilación genital masculina”. En <https://disidentia.com/la-mutilacion-genital-masculina/> (En línea, el 27 de agosto de 2019).

era una práctica lesiva para los menores. Ulteriormente, en Islandia una diputada del Partido Progresista ha propuesto una ley en la que se prohíbe la circuncisión y es penada con 6 años de prisión si se realiza a menores por causas ajenas a la medicina. Asimismo, en Dinamarca en el año 2016 se elaboró una encuesta en la que el 87% de los daneses se oponía a la circuncisión siempre que no fuese terapéutica.

3.2.1 La circuncisión desde el punto de vista jurídico

Es pertinente analizar separada y específicamente el tratamiento jurídico otorgado a la circuncisión para que podemos evaluar si existen discrepancias con lo expuesto en relación con la MFG. La circuncisión masculina se considera una exteriorización de la libertad religiosa o de creencias. Por tanto, el primer planteamiento que debemos efectuar es si esta manifestación es compatible con las restricciones a este derecho, particularmente el orden público.

La circuncisión es una intervención quirúrgica que afecta de forma endémica o irreversible, pero es de bajo riesgo desde el punto de vista clínico y los efectos no son perniciosos o perjudiciales para la salud. Así pues, debemos tener presente que es una operación efectuada sobre infantes, que no poseen discernimiento y son los padres los que toman la decisión de realizar esta intervención que afecta a su integridad física. Ahora bien, esto nos lleva a cuestionarnos si se está usurpando un derecho personalísimo por parte de los progenitores al tomar esta disposición. RIVERO HERNÁNDEZ corrobora que se está efectuando tal quebranto al no estar los padres legitimados para concluir sobre la integridad física de sus hijos debido a que constituye un derecho personalísimo, bajo el cual no pueden presentarse como sus representantes.

Inversamente a lo expuesto, desde un plano jurídico, los padres sí que poseen derecho a educar a sus hijos en sus convicciones religiosas, pero siempre que estas no deriven en un perjuicio físico o mental en virtud de los arts. 27.3 CE, 2.1 LOLR y 5 de la Declaración Universal sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de la Asamblea General de la ONU, el 25 de noviembre de 1981. En palabras de MORENO ANTÓN:

“La decisión de los padres se ampara pues en un derecho propio, no de su hijo; es verdad que en el ejercicio de este derecho no pueden sobrepasar los límites establecidos por el Ordenamiento, pero si se entiende que la circuncisión no solo no daña, sino que puede ser beneficiosa para la salud, la decisión familiar de realizarla no es atentatoria de los derechos del menor y no perjudica su supremo interés, por lo que no sobrepasa las limitaciones previstas para el ejercicio del derecho parental”⁵⁶.

⁵⁶ MORENO ANTÓN, M., *op. cit.*, pp. 111-112.

4. Ámbito legislativo en relación con la mutilación genital femenina

4.1 Normativa internacional

Durante mucho tiempo debido al papel subordinado de la mujer en la sociedad se permitía la realización de abusos como el presente bajo la permisividad de normas consuetudinarias o culturales. Como asevera la defensa promulgada por varios testigos ante el TS de esta praxis:

“La mutilación de los genitales de las mujeres es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad”⁵⁷.

Sin embargo, poco a poco las consecuencias que ocasionan han provocado un despertar en el letargo de la sensibilidad internacional y con ello, se han comenzado a considerar como un grave atentado a la integridad y vulnerabilidad física y psíquica de las mujeres lo que ha patrocinado la proliferación de normativa al respecto. La comunidad internacional ante esta coyuntura ha elaborado diversa normativa que puede agruparse en tres bloques atendiendo a la diferente perspectiva: desde un punto de vista general o particular, subdividiéndolo según compete a los derechos de la mujer o de los menores.

Desde el primer prisma, la principal referencia es la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Esta Declaración encarna la piedra angular de los derechos humanos y declara expresamente que los seres humanos son libres e iguales en dignidad y en derechos (art. 1). Igualmente, les otorga el derecho a la vida, libertad y seguridad de su persona (art. 3) junto con la protección inalienable de no ser sometidos a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5).

⁵⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 835/2012, de 31 de octubre.

Actualmente, se considera la mutilación genital femenina como una forma de violencia contra la mujer y por ello, se encuentra protegido y amparado por los anteriores derechos, ya que hasta hace poco esta conclusión no era tan evidente. Aun así, en determinados países, se sigue sometido a las mujeres y niñas a tratos y prácticas que afectan y menoscaban su integridad lo que prueba que los anteriores derechos son más aparentes que reales.

A *sensu contrario*, durante mucho tiempo la concepción de los derechos humanos solo se aplicaba a lo referido a la esfera pública, al perseguir con ello una protección de los particulares sobre los abusos del Estado. Por tanto, la ablación se consideraba un acto estrictamente privado, al ser perpetrado en familia o comunidad, y concebido dentro de una tradición cultural que debía ser respetada al contribuir a la identidad colectiva de las comunidades. Por ello, en el mismo no se producía ningún tipo de injerencia estatal.

Con relación al derecho a la salud física y psíquica, es notable el **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** junto con la **Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo**, al instar a los Estados Parte a reconocer el derecho a la salud y promover el bienestar físico y mental y suscitar una política pública educativa.

Desde la segunda perspectiva, referida a los derechos de la mujer, y en un orden cronológico se debe mencionar en primer término la **Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979**⁵⁸. A través de su articulado, esta norma obliga a los Estados a aprobar medidas para *“eliminar prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de*

⁵⁸ Es menester mencionar que esta Convención es el cenit del trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer fundada en 1946 por la Resolución 11 (II) del Consejo, de 21 de junio. Es un órgano internacional intergubernamental cuya labor es exclusivamente la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento. Realiza sus sesiones durante dos semanas anualmente en la Sede de la ONU donde debate los progresos y lagunas que presenta la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y Beijing +5.

los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art. 5). Del mismo modo, buscan una materialización de lo precedente con lo dispuesto en el art. 17, con la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, cuya principal tarea es la elaboración de sugerencias y recomendaciones con base en los informes emitidos por los Estados Partes sobre la aplicación de la anterior legislación.

Las Recomendaciones más sustanciales en relación con el asunto a tratar son la n° 14 de Noveno período de sesiones, 1990 y n° 19 del Undécimo período de sesiones, 1992. La relevancia de la **Recomendación n°14** estriba en que reconoce literalmente la A/MGF y exhorta a los Estados Partes a adoptar medidas para modificar la mentalidad a través de sus políticos, profesionales, dirigentes religiosos y comunitarios junto con los medios de difusión y las artes y de reeducación sobre los problemas que conlleva esta praxis. Así como, a integrar en sus políticas estrategias y programas para la erradicación de la mutilación genital.

Por otro lado, la **Recomendación n° 19**, dedicada a la violencia contra la mujer, en su párrafo undécimo⁵⁹ reconoce taxativamente la ablación como una actitud tradicionalista que constituye una práctica virulenta para la mujer y que atenta contra su integridad física. Al mismo tiempo que reconoce esta violación de la integridad física, también subraya que, con ello, se produce una privación de los derechos económicos y sociales: *“Si bien es esta observación se hace hincapié en la violencia real o amenazas de violencia contra la mujer, sus consecuencias estructurales básicas contribuyen a mantener a la mujer en un papel subordinado, a su escasa participación*

⁵⁹ De forma literal manifiesta que: *“Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”*.

en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo”.

Acorde con lo anterior, se encuentra muy vinculada la **Recomendación n°24** de 1999, sobre el Comité sobre la Mujer y Salud que asevera lo dispuesto en la anterior norma sobre que la ablación es la conservación de un hábito aberrante y acerbo y aconseja la fijación de legislación eficiente para la exclusión de la misma (apartados 12.b y 15.d)⁶⁰.

Es este sentido, la **Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer** aprobada en el año 1993, tipifica lo que se encuadra dentro de la violencia contra la mujer y especifica en su art. 4 que “*los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla*”, es decir, les remarca una vez a los Estados su compromiso con la supresión de estas praxis. Con esta definición, se consigue un doble binomio intencional, de forma genérica amplia, el concepto de violencia contra la mujer que hasta el momento, como se ha mencionado, no integraba el marco privado y de forma específica, permite insertar en el tipo a la A/MGF.

Este asunto es examinado por la **Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín de 1995 y la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre población**

⁶⁰ Apartado 12.b del texto mencionado: “*Los Estados Partes deberían informar sobre cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes: (...) b) Factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que esta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros. Algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad; (...)*”. El apartado 15.d del anterior cuerpo legal: “*La obligación de proteger los derechos relativos a la salud de la mujer exige que los Estados Partes, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones. Puesto que la violencia por motivos de género es una cuestión relativa a la salud de importancia crítica para la mujer, los Estados Partes deben garantizar: d) La promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíben la mutilación genital de la mujer y el matrimonio precoz”.*

y **desarrollo de 1994** desde la igualdad de los géneros respecto a su derecho a la salud sexual y reproductiva⁶¹. En la primera, existe una concluyente condena a la ablación como vía de violencia contra la mujer y ratifica el deber estatal en la promoción de medidas para su eliminación. Mientras que, en la segunda, se hizo un llamamiento a la protección de los derechos en materia de salud sexual y reproductiva como forma de empoderamiento de las mujeres y con un reconocimiento de estos en condiciones de igualdad y de aseguramiento del bienestar y la prosperidad social.

En lo referido a los derechos de los menores al ser una supuesto muy reiterado entre ellos, es reseñable la **Convención sobre los Derechos del Niño (1989)**. A través de esta, obligan a los Estados a emplear medidas tanto legislativas, administrativas, educativas como sociales para proteger a los niños de cualquier perjuicio o abuso físico o mental (art. 19). Entre las declaraciones que lo conforman y en relación con la materia que nos ocupa, en el art. 24.3, “*los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños*”. Como garante del cumplimiento de estos derechos, se crea el Comité de los Derechos de los Niños (art. 43.1).

Los informes que más conviene subrayar confeccionados por el anterior Comité son la **Observación n°4** de 2003 sobre “La Salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño” y **Observación n°7** de 2005 sobre “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”.

Igualmente, desde la óptica de la discriminación fundada en las creencias religiosas o ideológicas, la **Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** de 1981, en su art. 5.5 recoge de forma palmaria que: “*la práctica de la religión o convicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral*”.

⁶¹ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008, p. 4.

Se puede sintetizar que la legislación internacional pretende en primer lugar de forma manifiesta declarar su oposición a la ablación y su estimación como una forma de violencia de género que vulnera a derechos tan fundamentales e inherentes como la integridad física y psíquica y la libertad sexual. Con estas rotundas manifestaciones quiere recalcar que ya no se trata de un asunto privado y alejado de los ordenamientos jurídicos, sino que, por el contrario, es un tema público en el que debe existir una injerencia del Estado a pesar de que sea parte del bagaje cultural de muchas comunidades. Las Declaraciones y Convenciones referidas, promueven una movilización estatal con el propósito sustancial de vigilar y proteger los derechos de las mujeres y niñas a la vez que se promueven medidas de reeducación sin perjuicio de castigar a sus autores.

4.2 Normativa europea

Una vez presentada la normativa internacional, es menester referirnos a la normativa europea con la pretensión principal de acreditar como la UE ha seguido esta estela legislativa a pesar de no ser vinculante, con el primordial fundamento de condenar la praxis desde las instituciones que conforman la misma y extenderla a todos sus Estados miembros.

4.2.1 Normativa genérica de la UE

La primera medida normativa europea respecto a este orden es la **Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer**. La meritada resolución en su art. 47, dentro de un apartado dedicado a las mujeres pertenecientes a minorías, condena esta práctica como una forma de violencia de género:

“Lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de esos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que

prohíba esas prácticas, y muy especialmente, que eduquen a las mujeres de esos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica”⁶².

En el mismo sentido, la **Resolución sobre Mutilación Genital Femenina de 10 de julio de 1997 en Egipto**⁶³ realiza diversas peticiones a los Estados miembros tales como perseguir y sancionar estas prácticas cuando se realizan en la UE, aceptar las peticiones de asilo por esta causa y garantizar la integridad y seguridad de las mujeres mientras las acogen. Por otro lado, insta a UNICEF junto con la Comisión y el Consejo a la creación de campañas de concienciación y a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, el nombramiento de un Observador Especial para que investigue y recopile datos en relación con la misma.

Durante el año 2001, se aprueban sendas **Resoluciones del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035)**⁶⁴ y **Mujeres y Fundamentalismo (2000/2174)**⁶⁵. En la primera de ellas, a través de los considerandos reitera una vez de forma tajante la condena a esta práctica y como “*provocan daños irreparables para la salud de las mujeres y niñas que las sufren, y que pueden incluso llegar a provocar la muerte*” sin perjuicio de las complicaciones y efectos secundarios que pueden sufrir. Igualmente, añaden una idea fundamental en el Considerando F al declarar expresamente que la MGF,

“en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que supone una supone una violación de sus derechos fundamentales, concretamente el derecho a la integridad personal y física y a la salud mental, así como de sus derechos sexuales y reproductivos, y que dicha violación en ningún caso puede

⁶² https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1986_176_R_0046_01&from=ES (Consultada el 4 de agosto de 2019).

⁶³ Es ineludible manifestar que, al tiempo del desarrollo de la presente Resolución, el Tribunal Administrativo del Cairo con el apoyo del Consejo Estado de Egipto anulaba una orden Ministerio de Sanidad egipcio de julio de 1996 a través de la cual se prohibía la mutilación genital femenina en los hospitales públicos. A su vez, el Gobierno egipcio junto con el Ministerio de Sanidad recurrían la sentencia y continuaban realizando una campaña de erradicación de la práctica.

⁶⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES> (Consultada el 4 de agosto de 2019).

⁶⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2002-0110+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES> (Revisada el 4 de agosto de 2019).

justificarse por el respeto a tradiciones culturales de diversa índole o por ceremonias iniciáticas, (...)”.

A lo largo del anterior apartado, como de otros⁶⁶, se expone expresamente y de forma clara y taxativa que se trata de un acto violento contra las mujeres que no solo afecta a su salud física sino también mental sin óbice de menoscabo de sus derechos fundamentales. Además, es superlativo que mencione que no puede ser respaldado por costumbres o cultura. Con esta sección, se expresa por primera en la normativa de la UE lo que hasta el momento traslucía o se presumía, pero no era manifestado tan contundentemente.

También añade un importante matiz en el apartado 11, al aclarar que será considerado delito con independencia de que se haya dado o no consentimiento y como autores del hecho punible a *“quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de estos actos sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña”*.

En el mismo artículo sugiere el empleo tanto de medios jurídico-penales, como administrativos, preventivos e informativos.

Por último, es necesario subrayar como enfatiza varias veces a lo largo del articulado lo injustificable de la práctica por motivos religiosos, y en caso de que así

⁶⁶ “H. Considerando que las mutilaciones sexuales impuestas a las niñas merecen la condena más rotunda y constituyen una violación manifiesta de la normativa internacional y nacional protectora de la infancia y sus derechos,

I. Considerando que las mutilaciones genitales femeninas constituyen una violación de los derechos de las mujeres y de las niñas sancionados por varios convenios internacionales, están prohibidas en la legislación penal de los Estados miembros y violan los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE;

J. Considerando que la violencia contra las mujeres surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en relaciones desequilibradas de poder, dominio y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental como es el respeto de la integridad de la persona,

K. Considerando que la mutilación genital femenina se añade a la discriminación de la que ya son víctimas las mujeres y niñas de las comunidades en que se practica”.

lo fuera se debería al fanatismo, lo cual no puede ser amparado en ningún Estado miembro por la libertad religiosa⁶⁷.

De otro modo, la segunda Resolución sobre las Mujeres y el Fundamentalismo, a través de la conjugación del apartado V sobre la denuncia de prácticas culturales y tradicionales como la presente y el Considerando tercero referido a que estas prácticas dentro de la UE se oponen someramente a las normativas bajo pretextos religiosos, culturales o consuetudinarios que no las amparan.

Al mismo tiempo, afianza la persecución de la MGF por los Estados Miembros de la UE, habiéndose cometido el delito dentro o fuera de sus fronteras, lo que incorpora el principio de extraterritorialidad o justicia universal del jurídico penal.

Ulteriormente, en la **Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220)**⁶⁸, agrega normativamente que se deben crear leyes específicas para la ablación (art. 11); considera como autores literalmente a los médicos, los cuales deben ser privados de su licencia, sin perjuicio de su sanción penal y a los padres, como responsables jurídicos (arts. 12 y 13) y el motivo de esta empresa como un argumento razonable para la solicitud de asilo (art. 14).

En el mismo sentido que la anterior, la **Resolución del Parlamento Europeo sobre “Hacia una Estrategia de la UE sobre los Derechos de la Infancia” (2007/2093)**⁶⁹ en su sección dedicada a “Prioridades de la Estrategia de la UE sobre los derechos de los niños”, insta a los Estados a la aplicación de medidas legislativas

⁶⁷ “G. Considerando que la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos recogida y afirmada por todos los tratados internacionales en la materia y, de manera especial, los derechos de las mujeres, son el objetivo de los ataques del relativismo cultural radical, que, en su forma más extrema, considera la cultura como la única fuente de legitimación moral; que, así, los derechos de las mujeres, las jóvenes y las niñas se ven amenazados en nombre de culturas, prácticas tradicionales o costumbres o, incluso, del extremismo religioso, que en su mayoría atribuyen a la mujer una posición social y un estatuto inferiores a los de los hombres”.

⁶⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0038+0+DOC+XML+V0//ES> (Consultada el 5 de agosto de 2019).

⁶⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0012+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES> (Consultada el 5 de agosto de 2019).

específicas para la ablación o la adopción de acciones penales contra los autores, pero en relación con los niños (art. 44).

Otra **Resolución sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071)**⁷⁰, elaborada especialmente para la erradicación de esta práctica, revoca la visión hacia la violencia contra la mujer que entraña la ablación que sustenta su pilar básico en la desigualdad de género y con ello en el desequilibrio de poder, dominación y control. La incorporación de esta normativa tiene como mira la realización de un examen periódico a las víctimas en riesgo de sufrir MGF con el fin de evitarlo cuando solicitan asilo (art. 4). Además, de reiterar todo lo expresado ya anteriormente en otras resoluciones, otorgan un nuevo poder a los jueces y fiscales al permitirles la adopción de medidas cautelares y preventivas (art. 28). Es muy destacable también, al ser la primigenio, que se condene cualquier acto o mediación que pueda proponerse como interposición entre la MGF y el respeto a las tradiciones identitarias por las que se producen *“dado que no hay ninguna razón social, económica, étnica, sanitaria ni de otro tipo que pueda justificarla”* (art. 25).

Por otro lado, son destacables las siguientes normativas: **Resolución del Parlamento Europeo sobre las prioridades y líneas Generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209)**⁷¹, **Directiva del Parlamento y del Consejo Europeo en la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos**⁷² y la **Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de las mujeres contra la violencia de 30 de abril de 2002**⁷³. Todas ellas tipifican la ablación como una clase de violencia contra la mujer (respectivamente en sus arts. 3, Considerando 17, 1.a). Cabe destacar de la primera de

⁷⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0161+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES> (Consultado el 5 de agosto de 2019).

⁷¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES> (Consultada el 5 de agosto de 2019).

⁷² Elaborada el 25 de octubre de 2012 y sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=es> (Consultada el 5 de agosto de 2019).

⁷³ http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf (Consultado el 5 de agosto de 2019).

ellas, que busca la creación de un plan de acción para erradicar la praxis a través de instrumentos legislativos tanto de prevención, protección, persecución y políticos.

Mención aparte, merece el **Convenio sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia de doméstica elaborado por el Consejo de Europa en mayo de 2011**⁷⁴⁷⁵. Se obliga a adoptar medidas legislativas o de cualquier tipo necesarias para que se considere delito la comisión intencional de la MGF en todas sus modalidades y el hecho de obligar o incitar a ello (art. 38)⁷⁶. De igual forma, se compelen a tomar las estrategias pertinentes para promover variables de comportamiento con el anhelo de eliminar todos los prejuicios, costumbres, tradiciones o cualquier otra práctica que tengan como fin la inferioridad de las mujeres, sin desdeñar las medidas parlamentarias y la ausencia de justificación con base en ninguna causa incluido “el honor” para disculpar actos violentos (art. 12). Cabe acentuar que respecto a la competencia jurisdiccional incluye una previsión convencional que implícitamente se refiere al principio de justicia universal o extraterritorialidad (art. 44.7).

En el presente apartado se ilustra cómo la UE ha asentado las directrices de conducta carentes de obligatoriedad o vinculación dispuestas internacionalmente y de forma mayoritaria por la ONU. Con todo, la UE no solo condena la práctica cometida en sus Estados miembros entre los inmigrantes residentes, sino que va más allá al incluir nuevas secciones normativas. Una remarcable incorporación es la promoción de estos hechos como un ilícito penal que además deberán ser castigados con o sin la existencia de consentimiento por parte de la víctima. Personifica al mismo tiempo a

⁷⁴ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947 (En línea el 5 de agosto de 2019).

⁷⁵ Convenio sobre la prevención y la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Ratificado por España el 18 de marzo de 2014. BOE núm. 137/2014, de 1 de agosto.

⁷⁶ Art. 38. Mutilaciones genitales femeninas.

“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado:

a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clitoris de una mujer;
b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin;
c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”.

los posibles autores de estos delitos, padres y médicos, de forma explícita. Conjuntamente, disiente sobre la posible justificación de estos comportamientos por razones religiosas. Centrándonos, en medidas de política jurídico-procesales, instaaura la aplicación del principio de justicia universal sobre la comisión de estos hechos.

Ulteriormente, de forma conexas en anuencia con la normativa internacional, plantea la creación de medidas no solo de castigo y protección sino también de prevención, persecución y políticas sin perjuicio del derecho al asilo de las víctimas.

4.2.2 Aproximación a las legislaciones adoptadas en Europa frente a la MGF

Tras exponer la reglamentación a nivel europeo, es obligado presentar las diversas soluciones adoptadas de forma exhaustiva por algunos Estados europeos frente a la MGF. Concretamente, se podrían desglosar en dos grandes secciones atendiendo a la forma de legislar.

El primer bloque lo conforman las leyes penales *ad hoc* en Estados como Reino Unido (1985) y Suecia (1982) o la adaptación de los CP mediante la inclusión de un delito singular que tipificase estas mutilaciones como en Bélgica, Austria, Dinamarca, España e Italia.

Con estas medidas se atiende a la complejidad y especificidad del delito, pero se condena y estigmatiza esta práctica cultural. A su vez, la tipificación consiste en una interacción entre el derecho penal, civil (indemnización especial a las víctimas y suspensión de la patria potestad o tutela), administrativo (creación de programas educativos y asistencia médica especializada) y extranjería (solicitud de asilo).

Mientras que, en el segundo, no existe un tipo penal taxativamente creado para ese ilícito, sino que lo insertan en el delito de lesiones y sus tipos agravados a causa de minoría de edad de la víctima o por ser el autor, el padre o tutor legal como ejemplifica Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo,

entre otros. A tenor de ella, se consigue un respeto pleno al principio de igualdad al aplicarse uniformemente con independencia de la etnia.

Esta última disposición presenta un grave conflicto a la hora de penar el delito cuando las lesiones producidas se consideran leves, al estimarse las sentencias demasiados benignas; ocurriendo a la inversa, cuando las lesiones encajan en tipos agravados del delito de lesiones.

Sin embargo, es necesario subrayar que ninguna de las políticas criminales elegidas recoge la especificidad cultural de la que trae causa este ilícito. Por ello, según GUERRA, “*la construcción social de la alteridad como barbarie o incivilización no es un buen punto de partida para propiciar ni el diálogo intercultural ni el cambio social, pues solo se limita a estigmatizar*”⁷⁷.

Para evaluar ambos bloques, se va a tomar como modelo la reglamentación francesa, caracterizada por ser una legislación penal preexistente y la británica, por ser *ad hoc*. Asimismo, se hará una breve referencia a la italiana por ser una transposición de la Resolución de 24 de noviembre de 2009, del Parlamento Europeo en la que se considera un crimen las intervenciones rituales como la MGF.

Antes de proceder a su análisis, se debe enunciar que los tres países contemplan en su ordenamiento el principio de extraterritorialidad o principio de personalidad pasiva. En Francia, se aplica la jurisdicción sobre los actos cometidos a los franceses con independencia de su comisión dentro o fuera del Estado, aunque esto se ve matizado por el hecho de que los hijos de no nacionales nacidos en Francia alcanzan la nacionalidad con la mayoría de edad (art. 113-7 CP francés).

En Reino Unido, se emplea el mismo principio de persecución de los actos cometidos a británicos tanto dentro como fuera de la jurisdicción nacional. En contraposición con Francia, los nacionales son interpretados de forma extensiva al englobar a los residentes permanentes (art. 4 FGM Act).

⁷⁷ SANZ MULAS, N., *op cit*, pp. 28-29.

Por otro lado, en Italia, este puntal jurídico presenta conflictos interpretativos debido a que confluye con otro, el principio de irretroactividad de la ley penal, al no poder castigar delitos previos a la residencia italiana. A pesar de esto, la jurisprudencia italiana en un intento de sufragar esta disyuntiva ha considerado que la residencia no es más que un mero elemento factual sobre el cual no es esencial ni estar empadronado. Todo ello acompañado del hecho de que no es necesario encontrarse en territorio italiano para iniciar un procedimiento penal, lo que conlleva una gran variedad de problemas jurídico-procesales.

A. Francia, interdicción penal preexistente

Como ya se ha mencionado, Francia tiene una legislación penal preexistente en la que adapta el delito de la MGF debido a que consideran que es la mejor forma de respetar el principio de igualdad y de garantizar la no discriminación en relación con su línea normativa. Por ello, la ablación está considerada como un crimen de violencia englobado en el art. 222-9 CP francés⁷⁸ castigado con 10 años de prisión y 150.000 euros de multa.

Como tipos agravados, tipifica que la víctima sea menor de quince años o si el ritual es efectuado por pertenencia a un grupo étnico, nación, raza, origen étnico y religión lo que aumenta la pena de prisión a 15 años. (art. 222-10 CP francés)⁷⁹. Otro tipo que consideran, con pena de prisión de 20 años, es cuando el autor de la mutilación sobre un menor de 15 años es el padre o tutor legal.

⁷⁸ Artículo 222-9 CP francés: “*Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d’emprisonnement et de 150000 euros d’amende*”.

⁷⁹ Artículo 222-10 CP francés: “*L’infraction définie à l’article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu’elle est commise: 1° Sur un mineur de quinze ans;*

(...) 5° bis: A raison de l’appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée”.

(...) La peine encourue est portée à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l’infraction définie à l’article 222-9 est commise: a) Sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur”.

Respecto a la capacidad para promover la acción penal se le reconoce a la víctima, al fiscal, grupos de interés, profesionales médicos y ciudadanos. Por grupos de interés se entienden aquellos que llevan registrados un mínimo de cinco años antes de la consecución del hecho ilícito y cuya pretensión sea la salvaguarda de intereses públicos. Estos colectivos podrán incluso actuar sin el consentimiento de la víctima por no considerárselo o no querer emprender la medidas judiciales⁸⁰. En el presente caso, esto es ilustrado por *La Commission pour l'Abolition des Mutilations Sexuelles (CAMS)*.

Mención aparte, los facultativos tienen la obligación de informar sobre casos de intervenciones rituales que hayan observados sin estar sometidos por ello a sanciones disciplinarias por romper el secreto profesional (art. 226-14 CP francés)⁸¹. Del mismo modo, los ciudadanos están obligados a informar sobre cualquier privación, maltrato, atentado sexual infligido a menores de 15 años sobre los que tengan conocimiento, bajo condena de tres años de prisión y 45.000 euros de multa (art. 434-3 CP francés)⁸².

⁸⁰ El Tribunal de Casación francés reconoció este derecho, como se muestra en lo siguiente: “*Attendu qu'en cet état, c'est à bon droit que la cour d'assises a déclaré recevables et bien fondées les constitutions de parties civiles des associations Commission pour l'abolition des mutilations sexuelles (CAMS) et SOS femmes alternative dès lors qu'elle a constaté que leur action entrait dans les prévisions de l'article 2-3 du Code de procédure pénale, lequel n'exige pas l'accord de la victime ou de son représentant légal*” (Corte de Casación francesa, sección criminal, 29 de Septiembre de 1993 n. 93/80370)”.

⁸¹ Artículo 226-14 CP francés: “*L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable: 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique;*

2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire”.

⁸² Artículo 434-3 CP francés: “*Le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.”*

Por último, en relación con la víctima es relevante mencionar que las mujeres adultas también son consideradas damnificadas al considerar que su consentimiento no afecta a la calificación jurídica del acto y que la MGF está vedada, en cualquier caso.

B. Reino Unido, prohibiciones *ad hoc*

Suecia y Reino Unido⁸³ son los países pioneros en la aprobación de leyes *ad hoc* para penalizar el presente delito. Particularmente, con la elaboración normativa efectuada tipifican los tres primeros tipos de MGF (circuncisión, excisión e infibulación), lo que posibilitan una graduación en la pena en virtud de los arts. 1 y 5 de “Female Genital Mutilation Act”⁸⁴. Se prevén penas de prisión de hasta 14 años.

Un punto trascendente es quién puede ser perseguido por este ilícito, al amparo de la citada ley lo son aquellos que ayudan, instigan, asesoran o procuran la mutilación. Asimismo, incluyen como víctimas de la agresión tanto a las menores como a adultas sin perjuicio de que hayan otorgado su consentimiento. El consentimiento de las mujeres adultas se estima viciado por su condicionamiento cultural. Lo cual es paradójico, ya que no se consideraría de la misma forma si la intervención la realizase una mujer que no poseyera tal coacción como una británica.

Se debe señalar que la jurisprudencia británica clasifica las conductas en violentas o lícitas, es decir, si una conducta causa un daño físico previsible y trae causa de una actividad legal y consentida; no podrá ser considerada un ilícito debido a que dicho daño no entraña culpabilidad⁸⁵.

⁸³ Suecia aprobó su normativa denominada “Ley de De Blonde” en 2003 y Reino Unido, en 1985 aunque fue reemplazada por la vigente “FGM Act 2003”.

⁸⁴ Art 1. Offence of female genital mutilation. “*A person is guilty of an offence if he excises, infibulates or otherwise mutilates the whole or any part of a girl’s labia majora, labia minora or clitoris*”.
Art. 5 Penalties for offences. “*A person guilty of an offence under section 1, 2 or 3] is liable—*
(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years or a fine (or both),
(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding the statutory maximum (or both)”.

⁸⁵ Caso R c. Brown, de 1993 de la Cámara de los Lores: “*In some circumstances violence is not punishable under the criminal law. When no actual bodily harm is caused, the consent of the person*

En el mismo sentido, el gobierno de Gran Bretaña ha concedido aún más protección a las menores estableciendo la posibilidad de que las autoridades locales puedan adoptar medidas cautelares como la prohibición de salir del Estado sin autorización judicial o la privación de la patria potestad en zonas en las que residen inmigrantes con riesgo de efectuar estas prácticas según recoge “*Children Act 1989*”.

C. Italia, legislación adaptada a la normativa europea

Italia representa uno de los Estados cuya legislación sobre este asunto fue aprobada como trasposición a la Resolución 2001/2035 del Parlamento Europeo a través del art. 583 bis CP italiano⁸⁶, de ahí su envergadura.

Al igual que en la legislación británica, esta ley contempla una graduación de pena dependiendo del tipo de ablación. Cuando la mutilación se refiere a Clitoridectomía, infibulación, escisión y cualquier práctica que conduzca a los mismos

affected precludes him from complaining. There can be no conviction for the summary offence of common assault if the victim has consented to the assault. Even when violence is intentionally inflicted and results in actual bodily harm, wounding or serious bodily harm the accused is entitled to be acquitted if the injury was a foreseeable incident of a lawful activity in which the person injured was participating. Surgery involves intentional violence resulting in actual or sometimes serious bodily harm but surgery is a lawful activity. Other activities carried on with consent by or on behalf of the injured person have been accepted as lawful notwithstanding that they involve actual bodily harm or may cause serious bodily harm. Ritual circumcision, tattooing, ear-piercing and violent sports including boxing are lawful activities”.

⁸⁶ Art. 583 Bis del CP Italiano- Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.

“Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, cagiona una mutilazione degli organi genitali femminili è punito con la reclusione da quattro a dodici anni. Ai fini del presente articolo, si intendono come pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili la clitoridectomia, l'escissione e l'infibulazione e qualsiasi altra pratica che cagioni effetti dello stesso tipo.

Chiunque, in assenza di esigenze terapeutiche, provoca, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate al primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre a sette anni. La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità.

La pena è aumentata di un terzo quando le pratiche di cui al primo e al secondo comma sono commesse a danno di un minore ovvero se il fatto è commesso per fini di lucro.

La condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta, qualora il fatto sia commesso dal genitore o dal tutore, rispettivamente:

1) la decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale;

2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno.

Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia, ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia. In tal caso, il colpevole è punito a richiesta del Ministro della giustizia”.

efectos se condena con pena de prisión de 4 a 12 años⁸⁷. Mientras que, si la lesión es menor a las precedentes, se puede reducir en dos tercios. A sensu contrario, se agrava hasta un tercio si la víctima es menor o su finalidad es lucrativa.

Mención aparte merece la consolidada jurisprudencia italiana según la cual solo es lícita la intervención sobre los genitales femeninos bajo necesidades terapéuticas, lo que exceptúa sistemática e ineludiblemente las razones culturales o religiosas como causas de exclusión de la antijuridicidad⁸⁸. Esto trae causa de que Italia sea un Estado laico.

4.3 Normativa española

4.3.1 Análisis de la situación precedente

Previamente a la implantación del precepto particular que tipificase la MFG *ad hoc*, la misma era castigada a través de otros medios que sucintamente se señalaran en esta parte.

Las lesiones son sancionadas a través de una compilación de preceptos: el art. 147 CP que recoge el tipo básico, el art. 148 CP más agravado si las lesiones son originadas por armas, ensañamiento o alevosía, si la víctima es menor de 12 años o incapaz y, asimismo, si mantiene o había mantenido una relación conyugal con el autor o es una persona especialmente vulnerable que conviviera con él. Más aún, presenta dos artículos que personifican las modalidades de mayor gravedad debido a la inutilidad o pérdida de un miembro u órgano principal (art. 149 CP) o no principal (art. 150 CP).

Por lo que la ablación era condenada dependiendo del tipo y atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto de hecho a través del artículo 148 CP o 149 CP. No obstante, esto no pocas veces reportaba un conflicto jurisprudencial en los casos

⁸⁷ Esta condena es la misma con la que se sancionan delitos como homicidio preterintencional (art. 584), robo con armas (art. 628), extorsión (art. 629), violencia sexual de grupo (art. 609 *octies*), entre otros.

⁸⁸ Como prueba la Sentencia de la Corte di Cassazione, n. 2399/1984, en la que se condenó a unos padres profesantes de la religión Testigos de Jehová como instigadores de asesinato por no permitir transfusiones de sangre a su hija.

de extirpación del clítoris o labios menores o mayores al determinar si este podía considerarse o no un miembro principal y con ello, encuadrarse dentro del art. 149 CP o 150 CP.

Mientras que el resto de las clases eran reconducidas al articulado anterior mediante las graves enfermedades o infecciones producidas siempre que se demostrase que encerraban dolo. Reparando en el supuesto de hecho, esto se intentaba justificar mediante el dolo eventual, con las dificultades que induce para diferenciarlo de la imprudencia consciente.

Todo ello, ocasionaba una gran casuística, a la vez que inseguridad jurídica y dificultaba la labor judicial sin perjuicio de las ratificaciones de diversos instrumentos jurídicos a nivel internacional, lo que fomentaba la creación de una normativa *sui generis* para la ablación.

4.3.2 Respuesta penal actual a la MGF

El legislador español siguiendo los criterios adoptados por la UE decidió optar por medidas legales específicas como demuestra la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de diciembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadanas, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que modifica el art. 149 CP.

En virtud de lo declarado en la Exposición de Motivos de esta, la reforma se realiza con el fin de reconocer que existe una nueva realidad social debido a la integración social de los extranjeros y por ello, el ordenamiento jurídico debe ser un reflejo y un paralelismo del reciente contexto. Asimismo, dilucida que *“la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”*. Esta aclaración es extremadamente reseñable a resultas de las causas de atenuación y exclusión que se examinan en este epígrafe. En concreto el meritado artículo en su apartado segundo, dispone lo siguiente:

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Esta redacción del artículo presenta sino pocas polémicas interpretativas. En primer término, en relación con el sujeto pasivo, al referirse a mutilación genital sin determinación de género, se estima que abarca tanto al hombre como a la mujer, lo cual, resulta contradictorio con lo expuesto hasta el momento sobre la mutilación genital desde la perspectiva de su terminología y conceptual y en relación con el apartado dedicado a la circuncisión masculina. Del mismo modo, esta finalidad de protección a las mujeres es patente en el anterior párrafo de la Exposición de Motivos de la norma, al señalar específicamente a este grupo social.

Según disponen SANZ y VÁZQUEZ⁸⁹, en este artículo interpretado en un sentido literal únicamente englobarían a las mujeres o niñas, aplicándose en el resto de los supuestos el art. 149.1 o 150 CP.

En segundo lugar, en lo referido a la conducta típica, el precepto determina que será castigado “*en cualquiera de sus manifestaciones*”, lo que ocasiona una nueva disyuntiva. Por un lado, con esta expresión se permite penar todos los tipos de MGF sin precisar de una descripción detallada de las mismas y con ello, soslaya su impunidad. En contrapartida, a su vez, permite que todos los tipos de ablación con la diversidad que ello entraña estén comprendidos bajo el mismo precepto y reproche penal.

A todo ello se le debe adicionar que se emplea de forma textual el término “*mutilación*” conceptualizado por la RAE como “*cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente*”. A tenor de ello, no se explicita si

⁸⁹ SANZ MULAS, N., *op. cit.*, p. 30.

se incluye o no el cuarto tipo de ablación ya que no produce una amputación, pero sí puede crear lesiones equiparables a ello. Por todo esto se esboza que pueda existir un resquicio del principio de proporcionalidad.

Conforme con el tipo subjetivo, el art. 149.2 CP pena una conducta dolosa. Mientras que si la misma fuera imprudente se castigaría a través del art. 152.1. 2º con una pena de prisión de 1 a 3 años. Si el grado de imprudencia fuera menos grave se tipifica según lo dispuesto en el art. 152.2 CP con una multa de 3 a 12 meses.

Centrando la atención en el tipo doloso que es el más frecuente, la sanción estipulada en España pretende un efecto disuasorio y represivo al igual que el resto de la legislación de nuestro entorno, aunque presenta matices en la política criminal empleada en relación con ellos. Concretamente, la pena de prisión oscila en un umbral de 6 a 12 años, pero sin especificar una graduación de la misma dependiendo del tipo de MFG producida a diferencia de otros Estados de la UE como Reino Unido, Dinamarca y Austria.

Cabe destacar que la única especificidad que presenta la normativa es la inhabilitación especial para los padres o tutores⁹⁰ en el caso de que la víctima sea menor o incapaz siempre que el Juez lo considere en su beneficio. Siendo considerada una cláusula facultativa del Juez, al ser en la mayoría de los casos, los padres o tutores los que les someten a estas prácticas.

⁹⁰ Se encuentra muy ligada con esta medida el art. 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el cual dispone lo siguiente: *“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”*.

Por consiguiente, podría aplicarse en los casos en los que los autores sean extranjeros y hayan practicado la MGF, al cumplir todas las prerrogativas exigidas en el anterior artículo, ya que la ablación frecuentemente es una práctica dolosa con una pena mínima de 6 años que supera la exigida.

Aunque se considera una práctica administrativa que no tiene por qué ser accesoria a la pena principal. Según MARCHAL ESCALONA, *“que la misma sí podría y debería aplicarse a la persona que lleva a efecto la práctica, pero que quizás no sería del todo conveniente aplicarla a los progenitores, por los perjuicios que podrían derivarse para la menor”*. MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, Instituto de Inmigrantes*, Granada, 2011, p. 11.

Esta cláusula ha sido muy criticada al considerar muchos autores que consiguen una doble victimización al alejarla de sus familiares más cercanos tras haber sufrido ya la mutilación.

Es destacable, que en nuestra política-criminal no se haga referencia a otros tipos agravados como se dispone en otras normativas a causa de la minoría de edad de la víctima, el riesgo de contraer enfermedades, etc. También, es de lamentar que no exista un tipo penal castigado con inhabilitación profesional dirigido a los profesionales sanitarios que efectúan estas prácticas.

Una vez más, esta legislación es deficiente e incompleta al no haber un artículo concreto dedicado a los cómplices, inductores o provocadores del delito al contrario de lo dispuesto en las normativas europeas analizadas. Aunque, en su defecto, serían de aplicación los arts. 17 y 151 CP, según los cuales se reduce la pena por este delito en uno o dos grados por los actos preparatorios.

Es necesario aludir a que el eventual consentimiento prestado por las víctimas no es un elemento atenuador de la pena en virtud de los arts. 155 y 156 CP, bajo los cuales se considera que cuando se produce ataques contra la integridad física no se puede estimar que el consentimiento sea “válido, libre, consciente y expresamente emitido por el ofendido”. Por lo que esta exclusión del consentimiento opera también en lo relativo a que el mismo sea otorgado por la mujer, niña, padres o tutores de la víctima, al igual que en los Estados analizados anteriormente.

Se puede objetar que esto también ocasiona un problema, debido a que en la actualidad se realizan prácticas médicas o curativas que podrían ser recogidas dentro del anterior delito y más teniendo en cuenta que el consentimiento en las lesiones (art. 155 y 156 CP), no excluye la responsabilidad criminal.

Para terminar, es destacable que la mutilación prescribe a los 15 años, aunque si el sujeto pasivo es menor de edad, el mismo no empezará a contar hasta su mayoría de edad (art. 131 y 132.1 CP).

4.3.3 Normativa conexas

Prosiguiendo con la política criminal centrada en su ámbito procesal, se recoge el principio de extraterritorialidad de este ilícito al amparo de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo⁹¹, que modifica la regulación de la LOPJ incorporando un nuevo apartado, que establece:

Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

La MFG, está recogida en el art. 38⁹² del precedente Convenio. Con la nueva regulación no se nombra como tal a la ablación, pero se consigue el mismo resultado

⁹¹ La LO 3/2005, de 8 de julio, fue la legislación pionera en incorporar de forma específica la MFG como causa de persecución a nivel extraterritorial. Esto atendía a la realidad existente en que la comisión del delito podía producirse fuera de España y quedaría fuera de nuestra competencia para juzgarlo a pesar de tener una normativa penal creada exclusivamente para ello. Esta novedad se recogía en el art. 23.4 como sigue: “Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: (...) g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”.

⁹² Vid. nota a pie de página 73.

al aparecer tipificada en el anterior Convenio e incluso, se posibilita una mayor agilidad interpretativa al ser más riguroso el art. 38, al acopiar las diferentes formas de mutilación mientras que, en la normativa del 2005, simplemente se enuncia “los relativos a la mutilación”, lo cual podría ocasionar una discusión hermenéutica sobre que englobaba.

Este artículo que permite la inclusión de la ablación en el principio de justicia universal es esencial para conseguir la persecución de estos ilícitos ya que habitualmente, los Estados en los que se produce no lo persiguen al considerarlo una práctica cultural que no despierta ninguna alarma social. Empero, puede resultar simultáneamente un derecho simbólico a causa de las dificultades que puede presentar el conocimiento y averiguación de los hechos y más contando con que se han podido realizar bajo el secretismo de los miembros de comunidades cerradas.

De manera semejante y con una fin esclarecedor del anterior articulado, el Informe de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género sobre la MGF⁹³ lo aclara. De forma que, si los autores, en el supuesto padres o tutores al ser lo más frecuente, son españoles o residentes en España serían inculcados en virtud del apartado primero o segundo.

Si la víctima, fuera una niña con nacionalidad o residente en España, y el delito se practicase fuera del territorio, también sería ajustado dentro de la extraterritorialidad al amparo del tercer apartado. Con todo, si la niña ya hubiese sido mutilada, no podría ser juzgado el delito en España al no cumplir los requisitos preceptivos establecidos de nacionalidad o residencia de la víctima o autor. Por el contrario, de forma *sui generis*, si la víctima con nacionalidad española está en un país extranjero y se niega a la ablación, podrá acudir al Consulado español para solicitar ayuda.

⁹³ La mutilación genital femenina en España, *Delegación del Gobierno para la Violencia de Género*, Informe elaborado por KAPLAN MARCUSÁN, A., SALAS SEOANE, N. y MANGAS LLOMPART, A. (Fundación WASSAU-UAB), Centro de Publicaciones, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, p. 39. Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4857_d_MGF_definitivo.pdf.

Luego entonces, se debe hacer mención de algunas especialidades aplicables por el hecho de considerarse esta praxis materia de violencia de género y doméstica. Por un lado, a tenor del art. 22.4 CP que recoge una agravante genérica por género como motivo de discriminación, nos preguntamos si podría aplicarse como forma de agravación del delito base analizado ya que el mismo se configura de una forma genérica para ambos sexos. O, antes bien, se podría presumir que esto supondría un duplo de incriminación y, por tanto, inaplicable, al ser ya el tipo para este género concreto.

Aparte de ello, el legislador otorga una nueva medida al juzgador con el precepto 156 ter CP, al permitirle imponer una medida de libertad vigilada y con ello, un control judicial constante como forma de prevención ante el riesgo de que se realice la ablación. El juez podría elegir entre las diversas medidas expuestas en el art. 106 CP, siendo las más idóneas y de acostumbrada asiduidad las relativas a la prohibición de ausentarse de un determinado territorio sin autorización judicial, apartado d, y la obligación de someterse a un control médico periódico, apartado k. Aplicándose estas tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero siendo condenado a ello de forma específica en la sentencia resolutoria.

4.3.4 La MFG como delito culturalmente motivado

El delito culturalmente motivado es definido por DE MAGLIE, como aquella conducta que se considera un ilícito penal por las normas del sistema cultural dominante siendo el sujeto pasivo perteneciente a un grupo étnico minoritario, dónde no solo no es estimado un delito, sino que es aceptado como tradición, norma consuetudinaria o incluso obligado.

Para que se pueda apreciar dentro de este tipo de delitos debe cumplir una serie de requisitos:

1. La existencia de un motivo cultural, que es el germen determinante que le lleva a cometer el ilícito.

2. La coincidencia en la reacción, es decir, que el resto de los miembros de su comunidad habría reaccionado del mismo modo.

3. La disparidad cultural entre el país anfitrión y el de origen reflejado en sus ordenamientos jurídicos⁹⁴.

Por ende, la base del delito reside en el hecho de que existe una disímil valoración de la conducta entre el país de acogida y en el instruido. Mientras que en el primero es un delito; en el segundo, es una práctica habitual o incluso imperativa. De suerte que se produce una falta de entendimiento de la normativa penal como resultado de un acervo cultural totalmente inverso.

De lo referido, subyace de forma patente que por todo ello se caracteriza la ablación. De forma somera, se podría exponer que la MFG se efectúa por los diversos motivos ya ilustrados que corresponden en definitiva a un factor cultural y hegemónicamente tradicionalista que se inculca a todos los miembros de las comunidades en las que se acomete como forma de pertenencia e integración social. En vista de lo evaluado, se produce esa diferenciación cultural y substancialmente legislativa que deriva en el presente conflicto jurídico.

Llegados a este punto es ineludible, distar los delitos culturalmente motivados con los ilícitos impulsados por la conciencia y/o convicción. Siendo los delincuentes por convicción, definidos por TAMARIT, como aquellos sujetos que efectúan los actos regidos por unos valores estimados en una escala superior que el propio Derecho vigente. Dentro de este amplio género, se catalogarían los delincuentes por conciencia, sobre los cuales se debe puntualizar que realizan el acto forzados por unos fuertes valores personales. En el supuesto de no hacerlo, esto les induciría a una eterna lucha interior.

De manera semejante, LUZÓN PEÑA, afirma que este tipo de infractor por convicción, conoce la interdicción y la antijuridicidad del comportamiento pero de forma voluntaria y consciente decide no aceptarla debido a que *“no la respeta, no*

⁹⁴ Todo ello expuesto en el artículo de OLAIZOLA NOGALES, I., *op cit*, pp. 8-10.

comparte su fundamento, la valoración negativa en la que se basa, sino que está convencido de que es correcto actuar así y cometer delitos graves para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada a la norma jurídica vigente”⁹⁵.

De ahí que la línea de distinción entre los delincuentes por convicción y/o conciencia y el delito culturalmente motivado pueda resultar difusa y ardua de entender, aun cuando si que se puede sostener que en los delitos por convicción conocen la prohibición y deciden no respetarla bajo razones de conciencia. Mientras que, en el delito motivado culturalmente, no comprenden la propia prohibición por haber sido educados en esos valores, no es que no la compartan y ello, les ocasione un conflicto interno.

Este tipo de motivaciones culturales no son recogidas de forma expresa en nuestro CP, a diferencia de otros Estados como ejemplifica el Estado Peruano en su art. 15 CP⁹⁶. A cambio, se tipifican las concretas acciones bajo las cuales subyace este factor educativo como ilustra el propio tema tratado en el art. 149.2 CP o el delito del matrimonio forzoso en el art. 172 bis CP.

Este enfoque político-criminal, en el que no se recoge explícitamente las razones culturales puede propiciar una estigmatización de los colectivos e impedir un buen diálogo intercultural según defienden OLAIZOLA y SANZ⁹⁷.

4.3.5 Autoría

Como ya se ha hecho referencia a lo largo del vigente estudio, este tipo de mutilaciones son efectuadas con frecuencia por los padres o tutores. Hasta el momento,

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 10-11.

⁹⁶ Artículo 15 CP peruano: “*En este sentido, quien por su cultura o costumbre (no así por anomalía psíquica u otras causas de inimputabilidad prevista en el artículo 20, inc. 1 de este Proyecto), comete un hecho punible sin ser capaz de poder comprender, por tales motivos, el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión, estará exento de pena. La sanción se atenuará si, por iguales razones, la capacidad que se indica se encontrare únicamente disminuida*”.

⁹⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., *op. cit*, pp. 14-16.

se ha planteado que los anteriores son autores por participar activamente en la comisión del ilícito mediante un dolo de primer grado, de segundo o eventual, pero no se ha tanteado que sean culpables por omisión. Por ello puede inferirse que en la presente sección se analizará sintéticamente este tema.

Como se ha mencionado, los delitos omisivos son aquellos que se cometen al infringir una norma preceptiva que obliga a una determinada cooperación deseable. En otras palabras, en los delitos de acción, se infringe una norma prohibitiva mientras que, en los omisivos, se incumple una norma imperativa, pues no se efectúa una acción que está ordenada por una norma bajo peligro de sanción.

Dentro de este tipo se distingue entre los delitos propios o puros de omisión, en los que el comportamiento pasivo está tipificado expresamente por la ley y sancionado por ello y los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión como el presente. En esta segunda clase de delitos, existe un sujeto particular denominado garante del que se espera una determinada conducta. El garante deberá realizar una acción para evitar el resultado dañoso para el bien jurídico que debe proteger.

Estos tipos omitidos desde el punto de vista valorativo penal se corresponde con una acción por medio de una cláusula de equivalencia tipificada en el art. 11 CP, por lo que también serán penados. Es preciso añadir que se exigen los siguientes requisitos para la composición de su estructura:

“La estructura del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la comisión pura o propia como son:

- a) Una situación típica;*
- b) Ausencia de la acción determinada que le era exigida; y*
- c) Capacidad de realizarla;*

Así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. (STS 327/1994, de 28 enero, FJ ° 6)”⁹⁸.

⁹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 327/1994 de 28 de enero.

Entonces es de fuerza concluir que, en el tema tratado, los padres o tutores de las víctimas ocuparían la posición de garantes de estas, debiendo resguardar el bien jurídico afectado, la integridad física y moral al derivar ello, del ejercicio de la patria potestad del art. 154 CC. Por esta razón se convierten en garantes si ellos mismos han sido previamente los creadores del riesgo para el bien mediante una acción u omisión precedente. De igual forma, cumplirían la “*producción del resultado*”, al ser la MFG un delito que se consume con el resultado producido y que imputa al sujeto omitente en virtud del art. 149.2 CP. Por último, respecto a “*la posibilidad de evitar el resultado*”, se produce desde el momento que el tutor o padre conoce el peligro y realiza la actuación correcta de sortearlo.

Acorde con lo anterior, resultan el voto particular del Excmo. Sr. Magistrado Dn. Manuel Marchena en la STS 939/2013, de 16 de diciembre⁹⁹:

La Audiencia Nacional ha descartado cualquier duda acerca de la responsabilidad de la acusada, ya sea como autora material de la acción dirigida a la ablación del clítoris, ya como responsable, en su condición de garante, de la emisión que condujo “... a exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital”.

Es en este contexto en el que hay que ponderar el testimonio del enfermero que atendió en el centro de salud de Barcelona a la niña y que detectó las lesiones padecidas por aquella. Esa declaración no es -frente a lo que sostiene la mayoría- la única prueba de cargo sobre la que se asienta la condena de Celestina. Su testimonio sirve al Tribunal de instancia para reforzar el valor jurídico de la omisión en la que incurrió aquella y a la que, su condición de garante, la convierte en responsable en los términos regulados en el art. 11 del CP. Así se expresa por los Jueces de instancia en el FJ 2º: “... en efecto, que la acusada conocía la lesión genital de su hija Hortensia , resulta acreditado pero no por sus manifestaciones pues, como se ha indicado, no solo negó saber lo sucedido, sino que, en el acto del juicio, se mostró abiertamente en contra de la mutilación genital femenina y profundamente dolida cuando se enteró,

⁹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 939/2013 de 16 de diciembre.

supuestamente en el centro médico, de la lesión que padecía su hija. [...] Sin embargo, tales manifestaciones, efectuadas desde el prisma del ejercicio de sus derechos de defensa, quedaron absolutamente desvirtuadas por la declaración testifical prestada por el enfermero que entrevistó a los padres, quien, muy al contrario de lo anteriormente expuesto por la acusada, manifestó que, en el dialogo mantenido con el marido de la acusada y, haciendo al propio tiempo de intérprete de lo que ella le decía, cuando les comentó la lesión que presentaba Hortensia , ambos se mostraron indiferentes, no sorprendidos por la noticia que en absoluto les resultó desconocida; es más, como se ha indicado, fue el marido de la acusada quien, ante la sorpresa del enfermero, le dijo que ese tipo de lesión era normal en su país, por ser propio de su cultura y tradición y por ello también, en su día, le fue practicada a su esposa”.

4.3.6 Aproximación a posibles causas de atenuación o exclusión de la responsabilidad por la MFG

En el presente apartado, se pretende plantear si los motivos culturales aducidos pueden ser causa de justificación de forma que la conducta se convierta en típica para el Derecho o de inculpabilidad o inimputabilidad, de forma que no pueda existir reproche penal sobre las mismas.

A. Estado de necesidad

Primeramente, entre las posibles causas de justificación recogida en nuestro ordenamiento jurídico, nos planteamos el estado de necesidad recogido en el art. 20.5 CP¹⁰⁰. Los requisitos objetivos y esenciales que requieren son la existencia de una situación de necesidad o peligro y una acción salvadora. En el caso abordado, el interrogante que nos debemos cuestionar es si esa situación de necesidad viene dada por esa obligación de encajar en los cánones morales y culturales que impone la comunidad. Es evidente que no, ya que esa situación de necesidad se semantiza por

¹⁰⁰ “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

haber un peligro de un mal objetivo, jurídico y actual que puede lesionar bienes jurídicos propios o de terceros, lo que concatena que concurra una acción salvadora en la que existe una colisión de bienes jurídicos.

En este supuesto, directamente no podemos mostrar nuestra anuencia con la existencia de una situación de peligro porque no se da, sino que directamente se permite el menoscabo de la integridad física.

Si entrásemos a valorar alguno de los elementos no esenciales como la proporcionalidad entre los intereses en conflicto, una vez más nos reafirmaríamos en nuestra negativa a aceptar esta causa de justificación, al estar, confrontando la integridad física y psíquica con el cumplimiento en aras del patrimonio cultura, aunque ello afecte a la salud. Apreciado desde este enfoque, estaríamos vulnerando el propio principio de este motivo de justificación cuya máxima es que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Aunque, se pudiera alegar que si no se produjese este cercenamiento se estaría condenado al ostracismo social, esto volvería a tener menor envidia frente a la salud y los peligros que entraña la producción de esta praxis.

B. Causas de justificación

En segundo lugar, nos concentraremos en otro elemento del delito, la culpabilidad, que se concreta normativamente por la reprochabilidad jurídico-penal del hecho típico.

En origen, en este elemento se circunscriben causas de inimputabilidad que se pueden aproximar a este asunto, como la anomalía o alteración psíquica (art. 20.1)¹⁰¹

¹⁰¹ Art. 20.1 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

o la alteración en la percepción y conciencia congénita (art. 20.3)¹⁰², sobre las que podría versar el asunto tratado.

Si recurriéramos al art. 20.1 CP, que implica una **anormalidad psíquica**, integrada por perturbaciones mentales transitorias o permanentes, estaríamos afirmando que por el mero de hecho de pertenecer a una determinada comunidad o por tener unas concretadas ideas culturales, se produce una alteración de las facultades mentales. Lo cual desencadenaría, en que se considerase a todos los inmigrantes inimputables por ello. Siguiendo la misma tesis, serían declarados inimputables los autores de esta praxis, pero también, los terroristas *yihadistas*, los asesinatos por honor, etc.

Mención aparte, en el art. 20.3 CP, se recoge una eximente de **alteración de la percepción**, constituida por dos elementos: la propia alteración procedente de la infancia o el nacimiento y como corolario de ella, una perturbación de la conciencia de la realidad social, cultural, normativa, entre otros.

Las causas de esta alteración pueden ser provocadas por deficiencias sensoriales u orgánicas, que es lo defendido mayoritariamente por la doctrina. En efecto, es lo que sugiere la interpretación teleológica, al declarar exentos de responsabilidad penal a los sordomudos de nacimiento en el CP de 1944/1973¹⁰³.

Hay otra línea jurisprudencial, que estima que la posible alteración no tiene por qué corresponder exclusivamente a factores biológicos, sino también socioculturales. En este sentido, TAMARIT SUMALLA sostiene la aplicación de esta eximente de forma total o parcial bajo la noción de que los autores padecen alteraciones de la percepción desde su nacimiento o infancia a causa de haberse formado en un aislamiento cultural lo que les originaría una grave alteración de la percepción, al no

¹⁰² Art. 20.3 CP: “Están exentos de responsabilidad criminal 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

¹⁰³ Art. 8.3 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: “Están exentos de responsabilidad criminal: 3.º El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción”.

estar educados en valores de respeto de la dignidad humana o repudio a la violencia¹⁰⁴. Esta teoría es manifestada de forma escrupulosa por la STS 646/1987, 20 de abril, FJ 1º:

“Cuando una persona sufre en su conciencia un déficit de esta naturaleza, con tal intensidad que, no habiéndole sido transmitido un marco de referencia ético-cultural, no ha llegado a ser, desde este transcendental punto de vista, un verdadero miembro del grupo social al que teóricamente pertenece, puede decirse que existe en él una grave alteración de la conciencia de la realidad. Ahora bien, para que la misma produzca su efecto típicamente exonerador, ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia. La alteración en la percepción estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial -sordomudez, ceguera- o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo -en contra de la tesis que se mantiene en el recurso- que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad”.

El sostenimiento de esta premisa supondría que la reclusión respecto a su país de acogida y su dispersión cultural en relación con el mismo fuese de tal grado que produzca una grave alteración de la conciencia de la realidad en este sujeto para que se pueda apreciar y aplicar una eximente completa o incompleta.

Empero, la doctrina mayoritaria se encuentra en total renuencia al sostener la misma teoría que HERRERA MORENO. El mismo, contempla que esto introduciría “consagrar la sospechosa doctrina de la eficacia incapacitante de determinadas culturas”¹⁰⁵. Igualmente, según lo dispuesto por CEREZO, no casaría con el tipo ya

¹⁰⁴ TORRES FERNÁNDEZ, M.E., *op. cit.*, p. 16. También *Vid.* en OLAIZOLA NOGALES, I., *op. cit.*, pp. 18-22.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 16.

que “niega la inclusión de los factores socioculturales en la misma (alteración psíquica), al interpretar esta eximente solo en relación con la alteración sensorial”¹⁰⁶.

Pese a todo como forma de rebatir esta falta de ajuste en el tipo estipulado legislativamente, NAQUIRA señala que el tenor literal del articulado permite la inclusión de la causa sociocultural, al no especificar el motivo del cambio perceptual y ser el déficit sensorial una interpretación histórica como ya se ha aludido. A su vez, puntualiza que la necesidad de que el origen de la transformación perceptual provenga del nacimiento o infancia también es asumible ya que esa proposición “desde” no tiene por qué ser directamente interpretada como “en” o “con motivo u ocasión” del nacimiento, sino que cabría entenderla como que el sujeto desde sus primeros días de vida se educó bajo un entorno cultural totalmente diferente.

Antes bien, DE MAGLIE no considera que la insuficiente socialización sea una propuesta adecuada para resolver los problemas de conflictos culturales, al denigrar a los sujetos y mucho menos, cuando la violación se produce sobre las inmunidades fundamentales como el derecho a la vida, libertad personal o intangibilidad del cuerpo humano.

Más aún, otra posible solución sería el **miedo insuperable** tipificado en el art. 20.6 CP¹⁰⁷, ante el cual, sería inexigible penalmente el comportamiento conforme a *iure*. Es verídico, que el principal motivo que induce a los autores a la perpetración de la ablación es el miedo a que las mujeres o niñas se conviertan en parias en sus sociedades. A tenor de lo meritado, se debe indagar sobre los requerimientos del miedo insuperable: el obrar impulsado por el miedo, la existencia de un miedo, la insuperabilidad del miedo y el mal.

La primera cuestión que deberíamos tratar, una vez atestiguado que para los sujetos pasivos de este cercenamiento existe ese miedo, es si el mismo es insuperable. Se considera miedo insuperable, “*esto es, invencible, en el sentido que no sea*

¹⁰⁶ SANZ MULAS, N., *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ Art. 20.6 CP: “*Están exentos de responsabilidad criminal: 6.º El que obre impulsado por miedo insuperable*”.

controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes y d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción - Sentencias de 6 marzo y 26 octubre 1982, 26 mayo 1983, 26 febrero y 14 marzo 1986, 16 junio 1987, 21 septiembre y 16 diciembre 1988, 6 marzo y 29 septiembre 1989 y 12 julio 1991-” (STS 631/2002, 11 de abril, FJ 3º)¹⁰⁸.

A juzgar por lo precedente, y por la opinión sostenida por la doctrina mayoritaria, solo cabe excluir la eximente del miedo insuperable debido a que no puede considerarse insuperable porque el temor puede ser controlado y analizado bajo el raciocinio. Inclusive cuando algunos autores creen que el miedo debe ser exógeno y en el supuesto de hecho, es originario de las propias convicciones de los sujetos.

C. Error de prohibición

El error de prohibición previsto en el art. 14 CP¹⁰⁹, simboliza el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, al ser un elemento constitutivo de la culpabilidad. El sujeto pasivo actúa bajo la creencia de que su conducta es lícita y desconoce la existencia de una valoración negativa o antijurídica de la misma. El TS no permite que se extienda esta causa cuando se conoce la ilicitud de la acción, pero se estima que la sanción penal es menor, se ignora concretamente la norma infringida o hay resquicios de duda sobre la licitud del hecho. Por ende, solo abrazará la exclusión de la responsabilidad en los supuestos en los que el error de prohibición fuera invencible. Mientras que, si el error es vencible, se atenuará la pena en uno o dos grados (STS 336/2009, FJ 1º)¹¹⁰.

¹⁰⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 631/2002 de 11 de abril.

¹⁰⁹ Artículo 14 CP:

1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*

2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.*

¹¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 336/2009 de 2 de abril.

A la vista de lo relatado este instrumento resultaría el más idóneo de los estudiados hasta el momento. Sin embargo, deberíamos puntualizar que en principio para la aplicación de este supuesto resultaría más lógico a tenor con lo mostrado que el sujeto pasivo fuese un inmigrante que no conociera nuestra legislación debido a su reciente llegada e incluso no entendiera el idioma o no contase con recursos para informarse sobre ello. De lo contrario, si se tratase de un inmigrante integrado socialmente en España, no podría ser alegado este elemento.

Por lo mismo, aun en el caso de que se englobaran todos los elementos dispuestos en la primera tesis, debería acreditarse que se ha producido un desconocimiento de tal magnitud. Debido a esto, algunos autores señalan que sería más fácil que se limitase dentro de un error de prohibición indirecto, “*que recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación*” y no desde el directo, “*que recae sobre la norma de prohibición*” tal y como los define el TS¹¹¹. Se desprende que desde el error de prohibición directo, es casi imposible demostrar ese total desconocimiento y más teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos, estos supuestos se practican de forma clandestina o en viajes a sus lugares de origen donde es una práctica permitida, lo que es un indicio del conocimiento de la antijuridicidad del hecho¹¹². Asimismo, lo atestigua la SAP Barcelona nº 42/213, 13 de mayo, FJ 1º:

“Así, la nula eficacia de esa pretendida causa de justificación se deriva de la sedicente coartada alusiva a la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, aduciendo que la operación se practicó allende de nuestras fronteras, lo que revela y denota el conocimiento previo por parte del infractor de la existencia del mandato normativo imperativo, así como su práctica en la clandestinidad que supone un juicio acerca del conocimiento previo de la antijuridicidad que hace desaparecer el sedicente error de prohibición, máxime cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de

¹¹¹ *Ídem*

¹¹² LEFEBVRE, “La mutilación genital femenina, “Nuevos delitos en el Código Penal”, *Revista de jurisprudencia*, 2016.

Vid. <https://elderecho.com/la-mutilacion-genital-femenina-nuevos-delitos-en-el-codigo-penal> (Consultado el 13/08/2019).

adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”.

En el mismo sentido, no podrá ser apreciado este error de prohibición directo fundado en un motivo de práctica cultural según lo estipulado por la anterior sentencia en su FJ 4^o¹¹³: *“En suma, debe señalarse que el límite al respeto a las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos, universalmente conocidos, y que actúan como mínimo común denominador intercultural”.*

Mientras que, si se observa desde la perspectiva del error de prohibición indirecto, si que resulta más factible, según lo expresado por SANZ: *“conociendo el carácter de antijurídico de su conducta, actúa bajo la falsa convicción de estar amparado por una causa de justificación”*¹¹⁴. Más adelante podremos comprobar como la jurisprudencia se inclina más hacia la aceptación de un error de prohibición directo vencible o una eximente incompleta para así atemperar la culpabilidad, y con ello, el *ius puniendi*.

D. Error de prohibición culturalmente condicionado

Llegados a este punto, de forma sumaria es necesario hacer referencia a la posibilidad de aplicar un *“error de prohibición culturalmente condicionado”* ideado por ZAFAFORI. Se produce en aquellos casos en los cuales el sujeto se ha criado en otro entorno jurídico totalmente distinto, de forma que la comprensión efectiva o interiorización normativa no se producen en el mismo, a causa de su condicionamiento cultural. Según el precedente autor, el sujeto pasivo no se podrá considerar culpable del hecho porque no ha podido interiorizar los valores que fundan el injusto del hecho. En otros términos, recae sobre la ilicitud del hecho y si es directo, concretamente sobre la norma penal, su vigencia y aplicabilidad.

¹¹³ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª). Sentencia núm. 42/2013 de 13 de mayo. Corroborado todo ello, por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 399/2014 de 8 de mayo.

¹¹⁴ SANZ MULAS, N., *op. cit.*, pp. 35-36.

En el mismo sentido, FRANCIA compendia que el error provoca la imposibilidad de comprensión de la norma y su antijuridicidad debido al condicionamiento educativo del individuo, lo que excluiría la culpabilidad y como resulta, la sanción penal¹¹⁵.

Este error de prohibición también se extendería a delitos que lesionan bienes jurídicos fundamentales, bajo la premisa de que cuanto mayor es la lesión, mayor debe ser la entidad de la posible exculpación.

Atendiendo a la disposición normativa actual, como ya ha sido catalogado, nuestro CP no recoge tal atenuante o eximente tipificado de forma específica a diferencia del Código Penal peruano o argentino¹¹⁶ y tampoco podría encuadrarse en la literalidad del art. 14 CP, que recoge el error de prohibición. Según lo señalado por algunos autores, entre ellos LUZÓN PEÑA y OLAIZOLA, el CP español, recoge “*el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal*”: en breve, tiene conocimiento sobre los elementos de la interdicción, pero no la valoración negativa y reprochabilidad jurídica de la misma¹¹⁷.

E. Atenuante o eximente basadas en motivos culturales

ASUA BATARRITA sugiere la posibilidad de apreciar una eximente incompleta o un atenuante con fundamenta en el art. 21.1 CP dependiendo de la concepción de los requisitos que lo integran. Por ende, si la alteración de la percepción y su procedencia de una fuente biológica u orgánica se concibe como una condición inesencial, cabría la aplicación como eximente incompleta. Si en cambio, se entiende como un requisito cardinal, como un atenuante muy cualificado, fundamentado en que

¹¹⁵ HURTADO POZO, J., “Derecho Penal y diferencias culturales: el caso peruano”, en *Derecho penal y Criminología*, vol. 29, nº 86-87, 2008, pp. 3-4.

¹¹⁶ Como ya se ha señalado, el CP peruano en su art. 15 normaliza literalmente el error culturalmente condicionado y el CP argentino en su art. 34, la falta de comprensión de la ilicitud de un acto por error. Art. 34 CP argentino: “*No son punibles: 1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”.

¹¹⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., *op. cit.*, pp. 24-27.

las alteraciones se producen por la incomunicación cultural en la que se encuentra. Para la autora precedente, esta atenuación supondría una disminución de la culpabilidad con base en “error de prohibición culturalmente condicionado” o una conciencia fragmentaria de la prohibición esgrimida, lo que debería desplegar una atenuación¹¹⁸.

Por ello, la argumentación jurídica defiende que en el momento del enjuiciamiento debe matizarse tanto las circunstancias del ilícito como las personales del actor personificadas por la denominada teoría “contexto de la ofensa” de la antropóloga KALINSKY. En sus propias palabras es “*el conjunto total de su cosmovisión, que no empieza ni termina en el hecho consumado, sino que es anterior a él y continuaría después de él*”¹¹⁹.

Inversamente, sus detractores, no observan que con esta medida se atienda el factor característico del tema tratado, la motivación cultural, sino que, por el contrario, se engloba en una eximente genérica. Y la propuesta aducida por KALINSKY, presenta una gran dificultad práctica al tener como pilares la interpretación del juzgador, la cual puede resultar arbitraria y teologal y ser necesario un análisis antropológico.

Otra medida, sería una *lege ferenda* caracterizada por este factor, en la que se tendrían en cuenta las circunstancias particulares del sujeto activo para acceder a la norma tales como su procedencia, la postura de su Estado de origen frente a ese comportamiento, el tiempo de estancia, el conocimiento de las costumbres y/o cultura del Estado de recepción, la integración social en el nuevo Estado, entre otras. Esta incorporación legislativa debería versar sobre dos puntales basales la valoración de la conducta desde un punto de vista jurídico-penal, disculpable atendiendo al segundo pilar, la inexigibilidad subjetiva por la accesibilidad a la norma y su presión cultural y

¹¹⁸ ASUA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Eguzkilo*, núm. 18, diciembre 2004, pp. 93-96.

¹¹⁹ SANZ MULAS, N., *op. cit.*, pp. 36-37 y KALINSKY, B., “Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar”, en *Gazeta de Antropología*, núm. 19, Artículo 16, 2003, p. 12.

social de su grupo de origen. Sin perjuicio, de que no deben existir indicios de repetición de la conducta¹²⁰.

Pese a lo explicado precedente, sus censores discurren que este medida político-criminal presenta diversos riesgos. Uno de ellos sería la creación de la teoría de que por pertenecer a una determinada sociedad diferente a la que se encuentran tiene como consecuencia inmediata la ausencia de comprensión de la norma. En palabras de OLAIZOLA, *“podría dar lugar a un incentivo perverso, en el sentido de no integrarse para seguir manteniendo la falta de comprensión”*.

Otro de los motivos invocados por TORRES es que otorgar demasiada preeminencia al factor subjetivo puede provocar una falta de protección de los bienes jurídicos fundamentales y una excesiva exigencia de la responsabilidad en las motivaciones del autor.

Resulta inevitable hacer referencia a una consulta que se realizó en Suiza como parte de los trabajos de revisión de la parte general de su Código Penal, en el anteproyecto de 1993, en el que proponían una circunstancia atenuante atendiendo al condicionante cultural. Concretamente el artículo disponía los siguiente: *“el juez atenuará la pena (...) si la experiencia de vida o el origen foránea del autor han hecho extraordinariamente difícil que se comportara conforme a derecho”*.

La mayoría de los consultados presentaron su renuencia a esta medida debido a los posteriores argumentos. En primer término, admitían que se tuviera en cuenta el pasado y el origen del autor, factores que ya eran constatados en el estudio de la culpabilidad y la imposición de la pena, sin necesidad de un atenuante propio. En el mismo plano, estimaban que si incorporaban esa atenuación se interfería en el *“derecho penal en tanto códigos mínimos de comportamiento”*. En siguiente término, se creaba una justicia de segunda clase al implicar un tratamiento indigno de los extranjeros al considerarlos incapaces de asimilar el código de comportamiento suizo, a la vez que, quebraban el principio de igualdad en perjuicio grave de los nacionales.

¹²⁰ OLAIZOLA NOGALES, I., *op. cit.*, pp. 28-30.

Sobre este último punto, habría que indicar que ocasionaría un problema político-criminal en relación con el principio de territorialidad al aplicar la ley suiza, al deberse aplicar a todos los hechos acaecidos en el territorio sin distinciones por nacionalidad.

Este asunto también parece que podría incentivar a los ciudadanos extranjeros a no asimilar los valores fundamentales suizos o a alentarlos a incumplirlos con base en esa atenuación punitiva.

Por último, concisamente percibían este nuevo artículo como un debilitamiento sistémico frente a las formas de delincuencia más graves y fundamentalistas como el terrorismo, trata de personas, delitos sexuales, violencia contra las mujeres y niños, etc. Era concebido como un beneficio indebido a su favor y un menosprecio a las víctimas.

Por tanto, establecían su Código Penal como una norma de mínimos que se aplicaba a toda la sociedad helvética conformada por sus foráneos y nacionales.

Aun así, la aplicación de esta posible atenuante presentaba matices, como se evidencia:

El dominio de aplicación (de la circunstancia atenuante) sería el de los delitos violentos-en particular contra las mujeres (...) Tolerancia ante terceros y extranjeros es fundamental sin duda. Sin embargo, si no se respetan los derechos fundamentales, se viola la libertad personal de las mujeres o se lesiona su integridad corporal de manera masiva, la protección de estas mujeres debe tener prioridad absoluta¹²¹.

En opinión de algunos autores como ASUA BATARRITA, esta implementación normativa supondría una medida de igualdad y respeto del pluriculturalismo como asevera en las siguientes palabras:

¹²¹ HURTADO POZO, J., *op. cit.*, pp. 28-33.

Si partimos de presunciones irrefutables y afirmamos sin matices la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, eludimos las exigencias de examen individualizado de la responsabilidad, una exigencia inherente a la idea de la culpabilidad individual que informa nuestro ordenamiento jurídico penal. ¿Podemos ignorar el condicionamiento cultural que afecta a la persona encausada, sin infringir la máxima que obliga a tratar igual lo igual, y su reverso, de forma desigual lo que es desigual?

Igualmente, se adhiere a lo apuntado por la STS 1135/2006, de 6 de noviembre, FJ 4^o¹²² para fundamentar su pretensión:

En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no solo la aplicación igualitaria de la ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto puede suponer "una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal", reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código penal.

Asimismo, SANZ, en contra de lo precedente expuesto, considera que por la *lege ferenda* no se instigaría al incumplimiento de la normativa, sino todo lo contrario,

¹²² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^o). Sentencia núm. 1135/2006 de 16 de noviembre.

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

lo que resulta contraproducente es la falta de reconocimiento del disparejo haber cultural y con ello, un reforzamiento de las costumbres ancestrales.

5. Asilo en relación con la MGF

Tras analizar la normativa concurrente a este tema, es recurrente hacer mención del asilo como forma de salvaguarda de las víctimas.

El derecho de asilo es reconocido en el art. 14 de DUDH¹²³, y consagrado a través de la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951 en su art. 1.A.2 en relación con el art. 1.3 del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, define a los refugiados textualmente como:

Toda persona que “debido a fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (...)”.

De esta definición cabe resaltar dos conceptos jurídicos indeterminados que son claves para la determinación de si las mujeres y niñas que sufren MGF pueden acogerse al estatus de refugiadas. El primer término por resaltar es la “*pertenencia a determinado grupo social*”¹²⁴¹²⁵, dentro del cual pueden ser encuadradas por razón de su sexo al ser mujeres étnicas o pertenecientes a países con riesgo de sufrir MGF.

¹²³ Art. 14.1 de la DUDH: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*”.

¹²⁴ Este requisito fue definido por primera vez ante los Tribunales americanos (Board of Immigration Appeal, BIA) en el caso Acosta, donde se incluyó el sexo al considerarse una característica innata e inmutable, según dispone lo siguiente: “*Applying the doctrine of ejusdem generis, we interpret the phrase “persecution on account of membership in a particular social group” to mean persecution that is directed toward an individual who is a member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color, or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case-by-case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or consciences*”.

SALINAS DE FRÍAS, A., “Pertenencia a un grupo social y solicitud de Asilo: el largo camino de la protección frente a la mutilación genital femenina”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14, 2º Semestre 2009, pp. 69-71.

¹²⁵ Posteriormente, “un determinado grupo social” fue definido por el ACNUR bajo el contexto de la Convención de la ONU sobre los refugiados y / o su Protocolo de 1967 como: “*(...) un determinado grupo social es un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidas como un grupo por la sociedad. A menudo, la característica será*

La segunda expresión es el “*temor fundado de persecución*”, entendiéndose que por su simple prohibición legislativa no es óbice suficiente para que se erradiquen dichas prácticas ya que pueden continuar vigentes¹²⁶.

Ejemplifica todo lo expuesto, la concesión de asilo en 1993 en Canadá a una mujer somalí, Khadra Hassan Farah, que huyó con su hija de 10 años al considerar que podía ser sometida a la ablación. Las autoridades declararon que debía ser concedido ya que “el derecho de Hodan a la seguridad personal sería gravemente violado” en el caso de devolución a su país de origen.

Con el fin de reforzar esta postura de concesión de la condición de refugiado bajo la Convención precedente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) en una carta dirigida al Centro jurídico para los refugiados británicos en julio de 1994 manifestó lo siguiente:

La mutilación genital femenina, que provoca un dolor agudo además de daños físicos permanentes, constituye una violación de los derechos humanos, entre ellos los derechos del niño, y puede considerarse como persecución. La tolerancia de estos actos por parte de las autoridades o su falta de disposición a proporcionar protección contra ellos equivale a su consentimiento. Por lo tanto, una mujer puede ser considerada refugiada si ella o su hija (o hijas) temen ser obligadas a someterse a mutilación genital femenina contra su voluntad; o si teme ser perseguida por negarse a someterse o permitir que sus hijas se sometan a esta práctica.

innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos. Por consiguiente, el sexo puede ser subsumido en la categoría de “grupo social”, siendo las mujeres un claro ejemplo de subgrupo social definido por características innatas e inmutables, y que por lo general recibe un trato diferenciado al de los hombres. Sus características también las identifican como grupo ante la sociedad, la cual las somete a diferentes tratos y normas en algunos países. Esta definición también abarca a homosexuales, transexuales y travestidos”.

¹²⁶ En palabras del ACNUR sobre la interpretación de este concepto en referencia con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados señala lo siguiente: “*Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ejemplo, la mutilación genital femenina), también podría ser, sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución. El hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiado de una persona”.*

En 1996, en EE.UU., se presentó el caso *Kasinga*, en el cual, una mujer de 17 años perteneciente a la tribu Tchamba-Kunsuntu, solicita asilo a causa de que iba a ser entregada como esposa a un político y por ello, iba a ser sometida a la ablación. En Primera Instancia, su solicitud fue rechazada. Posteriormente, fue revisada por la Board Immigration Appeal, que analizó la concurrencia de los dos requisitos ineludibles: su pertenencia a un determinado grupo social y la existencia de un temor fundado. Respecto al primero, y en aplicación del criterio Acosta señalado, determinaron que cumplía el mismo, al engrosar en la categoría de mujeres que formando parte de esa tribu que rechazaban la ablación. De forma adicional, señalaron que *“the characteristic of having intact genitalia is one that is so fundamental to the individual identity of a young woman that she should not be required to change it”*.

En segundo término, evaluaron si existía un temor fundado, admitiéndolo tras descubrir el tipo de mutilación realizada con los riesgos y consecuencias traumáticas que entrañaba. Por lo que se la concedió el derecho de asilo y asentó una corriente jurisprudencial al ser necesario el análisis de ambos criterios. Sin embargo, se observa una jurisprudencia perversa en los Tribunales Americanos al distinguir para la concesión entre el temor a ser circuncidadas y aquellas que ya lo han sido. En este segundo supuesto, se deniega el asilo bajo la argucia de que no se puede volver a sufrir sin ampararse en que la mutilación no solo provoca daño en el momento, sino que estos son persistentes y permanentes¹²⁷.

Se procede a realizar una sobria reseña del derecho al asilo en el Derecho español. En España el art. 13.4 CE recoge el derecho de asilo remitiéndolo a lo que establezca la ley, particularmente, se tipifica en el art. 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria trasposición de la Directiva 2013/32, que articula que:

El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarias o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiados en los términos

¹²⁷ SALINAS DE FRÍAS, A., *op. cit.*, pp. 69-71.

referidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Esta ley presenta una novedad muy remarcable en relación con los motivos por los cuales se puede solicitar el derecho al asilo, al contemplar las razones de género u orientación sexual que no eran incluidas en la anterior legislación (art. 3)¹²⁸. No obstante, el género y la orientación sexual no se sitúa al mismo nivel que el resto de los motivos al evaluar tanto la persecución con base en los precedentes motivos como las circunstancias imperantes del país de origen según determina el art. 7.1.e para la concesión del derecho.

Centrándonos en el asunto concreto a tratar, puede resultar arduo la consecución del otorgamiento debido a que la Ley de Asilo siguiendo lo estipulado por la Directiva 2013/32, excluye a aquellas personas que considera que proceden de Estados “seguros”¹²⁹. Por ello, las mujeres procedentes de países en los que la MGF esté penalizada, pero se siga practicando, podría denegárseles dicha solicitud de asilo o la solicitud de “protección subsidiaria”.

La protección subsidiaria, es otra de las innovaciones que incluye la Ley en su artículo 4, prevista para aquellas personas que, no reuniendo los requisitos para la obtención del asilo, si existen motivos fundados para considerar que tienen un riesgo real de sufrir daños graves. Estando estos daños limitados taxativamente por las

¹²⁸ Artículo 3 de la Ley 12/2009 reguladora del Derecho de Asilo y Protección Subsidiaria:

“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

¹²⁹ Ejemplifica lo expuesto, la jurisprudencia de Tribunales inferiores al TS como la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 256/2010 de 15 de septiembre, por la que se denegó la solicitud de asilo a una mujer nigeriana bajo la justificación de que en Nigeria la MFG estaba prácticamente prohibida legalmente a pesar de que en realidad se continuase ejerciendo.

circunstancias contempladas en el art. 10 de la Ley (tortura, conflicto interno o pena de muerte), lo que dificulta más la obtención de dicha protección.

Sin embargo, en último instancia, podrían acogerse a la autorización de residencia por razones excepcionales como son razones humanitarias o de interés público establecidas en el art. 34.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹³⁰.

A pesar de que existen impedimentos con la nueva legislación, se ha producido una evolución y mejora con respecto a la anterior en la cual no se reconocía expresamente la persecución por género y era necesario demostrar la existencia de *indicios suficientes* de su persecución por su condición de pertenencia al género femenino y la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, para la concesión del asilo como demuestra la STS 52/1997, de 19 junio, FJ 2º ¹³¹:

“De conformidad con lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 5/1.984, que para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento del asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la citada Ley 5/1984. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo”.

Lo cual ocasionaba una gran inseguridad jurídica y con ello, casuística jurisprudencial al ser reconocido el derecho en determinados supuestos bajo el concepto de grupo social y desestimado en otros por no estar la mutilación genital

¹³⁰ FÉRNANDEZ DE CASTRO, E., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M., *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson S.L., Madrid, 2017, pp. 93-95.

¹³¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7º). Sentencia núm. 52/1997, de 19 junio.

femenina entre los motivos de persecución previstos en la Convención de Ginebra a la que se remitía la precedente normativa¹³².

Por otro lado, en lo referido a los menores que estén en riesgo de sufrir estas prácticas pueden acogerse al derecho de asilo según lo reconocido en el art. 19 del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (1989)¹³³:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Específicamente en la normativa española existe el deber de protección inmediata y efectiva de los menores que se encuentra en situaciones de peligro en su entorno familiar o frente a terceras personas (art. 158.6º CC) como ocurren en el presente asunto. Por ello, el Juez de oficio o a instancia del propio menor, pariente o del Ministerio Fiscal podrá dictar las medidas que considere oportunas con una finalidad de defensa y amparo ya sean penales, civiles o a través de la jurisdicción voluntaria (art. 158 CC en relación con el art. 88 LJV).

¹³² A tenor de la legislación anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional 17 de marzo de 2004 en FJ 2º establecía lo siguiente:“(la) mutilación genital femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las ‘mujeres’ o ‘género femenino’, pues si bien es cierto que entre las causas de persecución previstas en el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra no se prevé expresamente tal persecución por razón de sexo o género, la misma puede, sin embargo, encuadrarse en la persecución que por la pertenencia a un determinado ‘grupo social’ se contempla en el mencionado precepto. Es ésta una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás motivos legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (sentencia de 25 de noviembre de 1997) y en la condición de mujer o pertenencia al género femenino. (...) Además, y dada la genérica situación sociopolítica existente en Nigeria, de la que esta Sala tiene constancia en virtud de los informes remitidos regularmente por el ACNUR, hay indicios de que tal Estado no presta a la demandante protección alguna frente a la situación relatada de peligro para su integridad física, la conclusión es que la misma se halla en definitiva desprotegida en su país de origen en virtud de una persecución derivada de su pertenencia al grupo social femenino, en cuanto es costumbre arraigada y extendida en dicho país la práctica de la mutilación genital femenina, por lo que su solicitud de asilo ha de ser admitida a trámite”.

¹³³ GARCÍA, Y., *Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Fundación Alternativas, 2007, pp. 38-40.

El caso más frecuente, es la existencia de un asunto penal en el que los casos están inmersos a causa de esto o porque el MF ha sido informado por medio de profesionales sanitarios en virtud del Protocolo sanitario contra la Mutilación Genital Femenina. Ante esta tesitura y teniendo en cuenta el papel defensor del menor que ostenta el MF conforme al art. 3.7 Ley 50/1981, de 30 de diciembre; solicitan la prohibición de salida al país de origen a través de la retirada del pasaporte de forma genérica¹³⁴. A veces, se acompaña la anterior disposición de la obligación de acudir al Juzgado cada seis meses para la realización de una exploración forense para evitar que la praxis se efectuó en España¹³⁵.

¹³⁴ Como demuestran la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de mayo de 2010, de 13 de marzo de 2012, de la AP de Lérida de 10 julio de 2017 o el Auto de la AP de Zaragoza de 13 de mayo de 2005 o el Auto de la AP de Gerona de 2 julio de 2007.

¹³⁵ Como se dictó en el Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2º). Auto núm. 7/2004 de 26 de enero.

6. Jurisprudencia

En este epígrafe se procede a exponer algunos de los casos más representativos¹³⁶ sobre la ablación desde la rama del Derecho Penal dentro de las fronteras españolas. A través de esta jurisprudencia se pretende indagar en la interpretación dada por los tribunales a la específica normativa elaborada. Bajo esta tesitura, al mismo tiempo, se podrá comprobar como interponen los tribunales las causas modificativas de la responsabilidad criminal tras el amplio abanico presentado. Al unísono, todos estos hechos presentan de forma más fidedigna el tema tratado y las consecuencias jurídicas aplicadas desde la perspectiva española.

6.1 Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre y su correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo

En primera resolución, los antecedentes de hecho discurren sobre una mutilación genital realizada a una menor de edad por sus padres, originarios de Gambia. El ascendente llevaba residiendo en España diez años, cuando promovió la reagrupación familiar y entraron a vivir legalmente su esposa e hija el 4 de septiembre de 2009. Desde su ingreso no efectuaron ningún viaje fuera del territorio nacional¹³⁷.

¹³⁶ Existen dos sentencias más aparte de las analizadas, SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio y SAN 36/2012, de 24 julio sobre las que no se va a entrar a realizar un examen riguroso debido a que en las mismas no se llega a condenar con base en MGF. En la Sentencia de la AP de Barcelona, el MF formula acusación por un delito de lesiones del art. 149.2 CP por una consecución de hechos que desencadenan en una lesión parcial en el clítoris de la víctima, lo cual, se considera un delito de ablación. Empero, a la vista de las declaraciones de las partes en el proceso, se constata que tales lesiones no traen causa de una motivación religiosa o cultural. Por ello, finalmente se condena por un delito de lesiones del art. 150 CP, al tratarse de un hecho doloso que implica la deformidad de un miembro no principal.

En la SAN 36/2012, de 24 de julio, sí que se constata la existencia de un delito de ablación en la víctima procedente de Senegal cuando se la realiza un estudio en el Centro de Salud Primaria de Premiá de Mar. No obstante, tales hechos no pueden imputarse al acusado residente en Cataluña debido a que la menor nació en Senegal donde se la practicó la amputación y el acusado no tuvo ningún tipo de contacto con la misma hasta que la familia se trasladó a Cataluña donde él residía. Asimismo, en el centro sanitario se evidenció que la ablación tenía una antigüedad de dos años, en los cuales, el acusado no se había movido de territorio español y no se pudo evidenciar que este tuviera algún tipo de contacto con el autor artífice de tal amputación genital. A todo ello, debemos añadir que la producción de los hechos no se ocasionó cuando la menor residía en territorio español y como ya se ha relatado se absolvió al progenitor residente en España. En consecuencia, no se podría perseguir el presente delito por medio del principio de justicia universal, más allá del autor extranjero residente en España al no residir la víctima entre nuestras fronteras.

¹³⁷ Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1º). Sentencia núm. 16/2011, de 15 de noviembre.

El 20 de noviembre de 2009, se le practicó la revisión a la menor de los seis meses desde su nacimiento, en la cual, la pediatra hace constar en el informe que no presenta indicios de ablación. Posteriormente, con fecha de 25 de mayo de 2010, en una segunda visita se constata el presunto ilícito.

La primera cuestión que plantea el Tribunal es si la mutilación pudo producirse con anterioridad a la entrada de la menor en España como atestigua el padre. La respuesta es categórica al no poderse determinar más que el suceso ocurrió entre las anteriores fechas ya que las pruebas facultativas son concluyentes al respecto. La médico que examinó a la menor, en fecha 20 de noviembre, le efectuó una exploración minuciosa según dictamina el Protocolo y no encontró tales signos, aún así, asegura que esta cuestión es de fácil comprobación incluso para un lego de la materia, por lo que es incuestionable.

En el segundo examen, se evidencia la práctica efectuada y el Tribunal hace recaer la responsabilidad de forma clara y rotunda sobre sus padres, *“por la edad de la menor en este espacio de tiempo, de seis a doce meses, puede afirmarse que la mutilación se practicó por los padres de la bebé, bien directamente o bien a través de una persona de identidad desconocida, pero contribuyendo aquellos eficazmente a tal fin”* (SAP Teruel 26/2011, 15 de noviembre, FJ 1º).

La defensa invoca como causas de exención de la culpabilidad: una alteración de la percepción del art. 20. 3º CP; miedo insuperable, art. 20. 6 º CP, estado de necesidad, art. 20.5 CP y error de prohibición, art. 14.3 CP. Respecto a las tres primeras causas, su única máxima es la pertenencia de los acusados a una cultura heterogénea de la imperante, pero sin ligar este factor con los precedentes eximentes, lo que conlleva irremediablemente que la AP Teruel disponga que ese único factor sin relación causal resulta *“insuficiente para fundar”* la pretensión de defensa. Adicionalmente, apunta el art. 3.2 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España con la modificación realizada por la LO

2/2009, de 11 de diciembre, bajo la cual, se dictamina de forma palmaria y rotunda que los derechos de los extranjeros serán interpretados bajo el prisma de la DUDH y los tratados y acuerdos ratificados por España sin perjuicio de que *“pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas”*. En otras palabras, afianza que no es asaz la mera divergencia cultural para la permisividad de estos comportamientos.

De igual forma, recuerda que la ancestralidad y perpetuidad de las mismas prácticas, no le otorga en la UE una justificación en el momento de su punición al amparo de la LO 3/2005, de 8 de julio que modifica la LOPJ.

Por otra parte, sea como fuere, el error de prohibición juega una baza híbrida dependiendo de si se hace referencia al padre o a la madre a causa de su desigual situación. El padre, conocía la interdicción legislativa como avala su declaración ante el Juez Instructor: *“todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España, que cada país se rige por sus leyes y que nadie iba a poner su cabeza aquí en España para hacer eso”*. A esto se debe adicionar, que llevaba residiendo 10 años dentro de nuestras fronteras en el momento de producción de los hechos, un conocimiento perfecto del idioma y se encontraba integrado con personas ajenas a su nacionalidad. Por lo que la Audiencia siguiendo la asentada jurisprudencia del TS respecto al error de prohibición que erige lo siguiente:

Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad de lo que es un proceder contrario a Derecho (STS 1171/1997, de 29 de septiembre), bastando incluso con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto (STS 16 de marzo 1994). No es exigible que el autor conozca, de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que basta con el conocimiento propio de un profano en la materia que se trate. (SAP Teruel 26/2011, 15 de noviembre, FJ 2º).

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que no puede estimarse la existencia de ningún tipo de error por parte del procesado por todo lo desplegado.

En cuanto a la progenitora, si se aprecia un error de prohibición vencible como se atestigua con lo sucesivo. Para la determinación del error en sí mismo, el Tribunal se basa en que la acusada llegó a España unos meses antes de lo acaecido y por supuesto no tenía nociones del idioma. Igualmente, no se puede evidenciar que conociera la antijuridicidad de la práctica y más teniendo en cuenta su procedencia y que su círculo social estaba conformado por personas con su misma nacionalidad.

Todo ello, verifica la existencia y concurrencia del eximente. Sin embargo, para la fijación de la vencibilidad o invencibilidad de este, siguiendo jurisprudencia del TS debe atenderse a las condiciones psicológicas, culturales y las posibilidades de instrucción y asesoramiento o de poder acudir a medios de información para conocer la trascendencia antijurídica del tipo.

En el presente caso, la acusada pudo requerir la aclaración de su esposo para advertir la licitud o ilicitud de este, así pues, se muestra visiblemente como un error de prohibición vencible.

En definitiva, ambos son condenados por el delito de mutilación genital femenina comprendido en el art. 149.2 CP. El padre a 6 años de prisión y la madre, a 2 años de prisión al estimarse la presencia de un error de prohibición vencible que disminuye la pena en dos grados.

Adicionalmente, los condenados recurren en casación ante el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 835/2012, de 31 de octubre que ratifica la sentencia del tribunal *a quo*. Lo más destacable lo constituye el Fundamento Jurídico Segundo, en el que ambos recurrentes alegan una vulneración a su derecho a la presunción de inocencia y al principio *in dubio pro reo*, al considerar que las únicas pruebas bajo las cuales se les ha condenado son las documentales y testificales de los médicos que realizaron los exámenes a la menor. Ante esto, el TS recuerda que su misión casacional es controlar el razonamiento realizado por el órgano sentenciador, no estamos ante una tercera Instancia. El Tribunal considera que no existe tal vacío probatorio, al estar

perfectamente ligados los hechos con las pruebas médicas presentadas y argumentadas.

En lo relativo con el principio de favorecer a los acusados, el Tribunal recapitula que “*no puede alcanzar un juicio de certeza en un contenido condenatorio más allá de toda duda razonable, debe de optar por la tesis absolutoria o más beneficiosa para el imputado (...)*”. Por consiguiente, enmarcando la anterior máxima en el presente caso, la Sala considera que la AP Teruel, “*no dudó e hizo bien en no dudar pro la seriedad y contundencia de las informaciones incriminatorias valoradas*” (STS 835/2012, de 31 de octubre, FJ 2º).

En el Tercer Fundamento Jurídico, denuncian la inaplicación del error de prohibición en la figura del padre. Este fundamento resulta muy notable al hacer mención, a su vez al error de prohibición por factores culturales para menospreciarlo como se muestra en lo siguiente:

Tanto el recurrente como la propia sentencia se refiere a esta situación en referencia a la ablación del clítoris al afirmar que es una práctica cultural de su país de origen. Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del "error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto", porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina.

6.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo y su correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo

Los antecedentes de hecho discurren sobre un matrimonio, nacionales de Gambia, residentes habituales en España, la esposa desde 1998 y el marido desde hace 22 años, con sus hijas menores de edad. El 5 de julio de 2010, se les practica a las menores una exploración ginecológica en la que no se aprecian lesiones. En la segunda

revisión, datada el 20 de enero de 2011, constatan que ambas han sido víctimas de mutilación genital. Por ello y tras la realización de diversas pruebas médicas, informes de facultativos se concluye que en ese período cronológico se produjo la praxis y no anteriormente entre 2007 y 2009, cuando las menores vivieron en Gambia con unos familiares.

El Tribunal considera responsables a los progenitores sin ningún atisbo de duda ya sea a título de autores materiales directos o autores indirectos ínsita en comisión por omisión del art. 11 CP, por su posición garancial al ejercer la patria potestad. Fundamenta esta acusación bajo la argumentación del TS en los siguientes términos:

Siendo el factum historificado claro y contundente, sin oscuridad en un supuesto que guarda gran similitud con el que aquí se enjuicia en cuanto a que se desconocía la fecha o fechas exactas de las mutilaciones o si las mismas fueron hechas por los padres o por un tercero a su ruego, con su aquiescencia, anuencia y condescendencia por cuanto lo verdaderamente relevante y acreditado por las pruebas practicadas es que las mutilaciones tuvieron lugar inconcusamente en ese intervalo temporal, siendo la fijación de la fecha exacta en que las mismas acontecieron algo periférico y accesorio por irrelevante.

Es otros términos, los padres son responsables por haber sido los responsables directos del hecho o por no haber prestado la suficiente caución en su posición de garantes debido a la temprana edad de las niñas y a la convivencia con ellos.

Acorde con lo previo, no pueden alegar la existencia de un error de prohibición como eximente de la responsabilidad criminal al haber residido el procesado hace 22 años y su cónyuge desde 1998, al conocer el idioma, y estar integrados socialmente y tener constancia ambos de la ilicitud del hecho. De forma personalizada fue informada de ello la progenitora por los Servicios Sociales en la primera revisión de la que se marchó ofendida y afirmando su aquiescencia a la práctica. Una prueba más de la ausencia de este error es la que la madre se mostrase reacia a la segunda exploración y que era la encargada de la higiene de sus hijas. Todo ello, inhibe la apreciación de cualquier género de error.

Una novedad muy interesante presentada en esta sentencia es la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de reparación del daño invocada en el art. 20.5 CP mediante una reconstrucción con el fin de resarcir el daño médico. La misma, no tiene cabida, ya que es una

circunstancia “ex post”, “ad futurum”, y en puridad, no constituye propiamente una reparación del daño, ni comporta un refuerzo reparador por parte del infractor, por cuanto ni disminuye los efectos del daño ocasionado antes de la celebración del juicio oral, ni cabe aplicarla por analogía pues lo que verdaderamente fundamenta la atenuante ya lo fuera ordinaria, cualificada, muy cualificada, es la reparación objetiva del daño antes del juicio oral y no una promesa o compromiso, (...).

En cuanto a la inhabilitación especial del ejercicio de la patria potestad, como ya se señaló se trata de una medida potestativa o facultativa del juez y muy restrictiva. En el presente caso, no se llegó a debatir debido a que no fue solicitada por el Ministerio Fiscal.

Para terminar, fueron condenados a 6 años de prisión sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ulteriormente, la sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo 399/2014, de 8 de mayo¹³⁸, que ratificó íntegramente la sentencia de la AP, fundamentándose en la misma argumentación. Lo más destacable de la misma a efectos de este trabajo, en la reafirmación efectuada sobre el art. 21.5 CP, sobre la que sucintamente señala:

Tampoco se puede estimar la pretensión de atenuar la responsabilidad penal desde la alegación de un futuro reparador, so pretexto de que la restauración quirúrgica no es aconsejable en el tiempo actual de edad de las menores víctimas. Otros son los daños ya ocasionados y no atendidos. Ni una promesa de futuro entra en la tipicidad de la atenuante invocada. (STS 399/2014, de 8 de mayo, FJ 5º)

¹³⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 399/2014, de 8 de mayo.

6.3 Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013, de 4 de abril y su correspondiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo

En primer término, procedemos a exponer los hechos probados. El 16 de agosto de 2010, la acusada de origen senegalés acude junto con su marido y su hija, menor de edad, a una consulta médica para efectuar la revisión rutinaria como parte del protocolo de actuación a niños inmigrantes. Durante la misma, el pediatra constata que la niña ha sufrido una extirpación del clítoris, y como secuela de ello, sinequia, lo que requerirá tratamiento médico¹³⁹.

El profesional procede a informar de ello a sus progenitores, bajo lo cual, el padre manifiesta que es una costumbre ordinaria en su país y propia de su cultura y tradición. Mientras que la madre, precisó que su marido le tradujese la conversación, al no tener nociones del idioma por haber llegado a España, ese mismo año. Una vez que comprendió la situación, manifestó que ella de forma directa no había instado la ablación y que podría haberse practicado por la abuela de la niña o un tercero con su previo consentimiento, al dejar a la menor a su cuidado para continuar trabajando en Senegal. De igual forma, según las declaraciones testificales del enfermero que realizó la revisión, la madre no mostró ningún signo de extrañeza ante este hecho, sino que reaccionó con normalidad ante ello, aclarando que a ella misma le había sido practicada como una norma consuetudinaria imperante en su país.

A pesar de que, en sus declaraciones posteriores judiciales, la madre manifestó que le había producido una gran tristeza enterarse de este hecho y que se había producido sin su anuencia ya que nunca lo hubiera permitido.

De los hechos relatados subyacen diversos puntos que hemos analizado a lo largo del vigente trabajo como son la autoría de la progenitora, la comisión por omisión

¹³⁹ Audiencia Nacional (Sala Penal, Sección 4ª). Sentencia núm. 9/2013, de 4 de abril.

recogida en el art. 11 CP y el error de prohibición del art. 14 CP. Al mismo tiempo, presenta un ejemplo del principio de extraterritorialidad.

Respecto a la autoría, la AN aclara de forma indubitada que la madre es la autora del ilícito penal con independencia de que no existan pruebas que la señalen de forma directa y material a causa de la relación maternofilial existente. A esto debemos adicionarle, la falta de sorpresa por parte de esta al enterarse de la noticia, lo que demuestra la conformidad con esta práctica o su previo conocimiento. Por consiguiente, esto se encuentra ligado de forma indeleble con la comisión por omisión y concretamente, con la posición de garante que ocupaba la madre en aras de que su responsabilidad era evitar el peligro de que fuera lesionada la integridad física de su hija menor de edad. La madre cumple todos los requisitos expuestos en el apartado 4.3.5 del actual estudio sobre la autoría. En otras palabras, la menor se encontraba en una situación de peligro a causa de la actuación de la madre que la dejaba con la abuela a pesar de que sabía que se podía producir este hecho al ser una conducta normal e imperante en el país. Por ello, está quebrando su posición de garante y con ello de protección de la integridad física y psíquica de la menor al dejar que se produzca el resultado lesivo y haber tenido la posibilidad contrarrestar el hecho.

En conexión con todo ello, se encuadra el error de prohibición directo que como ya se ha enunciado, es el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, de forma que la acusada ignoraba que este supuesto constituía un delito tanto en España como en su país, como evidencia la declaración testifical y recoge literalmente la propia sentencia: *“esto es, la naturalidad de su reacción no podía derivar de otra cosa distinta que no fuera su convencimiento de que la lesión sufrida por su hija carecía de trascendencia penal”*¹⁴⁰.

Sin embargo, la Audiencia considera que este error debe calificarse como vencible ya que, aunque la procesada desconocía la lengua, su marido que llevaba 10 años viviendo en España y que organizó el acceso a España de su familia sí que tenía la suficiente noción como para informarla sobre ello y, por ende, disponía de

¹⁴⁰ Audiencia Nacional (Sala Penal, Sección 4ª). Sentencia núm. 9/2013, de 4 de abril, FJ 2º.

asesoramiento o al menos, de la posibilidad de acudir a los medios adecuados para instruirse.

Como consecuencia de lo precedente, se la condenó como responsable de un delito de lesiones tipificado en el art. 149.2 CP, pero con una pena rebajada en dos grados a causa de la concurrencia de un error de prohibición vencible, lo que dejaba la pena en dos años de prisión.

Es remarcable en el caso, como la propia sentencia señala que este tipo de delitos no puede ampararse en la tradición y la cultura al deber un respeto a la DUDH, y como revalidación se encuentra tipificado en el art. 3.2 LO 4/2000, de 11 de enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España tras su modificación por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

Mención aparte, se debe hacer referencia al principio de extraterritorialidad del art. 23.4 LOPJ, que entra en juego en el presente caso a pesar de que el hecho punible no fue cometido en España. Aun así, según lo narrado al tratarse de una vulneración a los derechos humanos, más concretamente, de violencia contra las mujeres, y dirigirse el procedimiento con un extranjero que residía en ese momento en España, como concurría en la progenitora acusada, estos hechos debían ser juzgados dentro de nuestras fronteras. Este es el primer caso en el que se aplica este principio para el enjuiciamiento de la ablación.

Por último, me parece procedente incidir sobre un punto sobre el que hace mención JÍMENEZ GARCÍA, como es que el padre quede exonerado de toda culpa aún siendo conocedor del ordenamiento, de forma, que recae toda la responsabilidad punitiva sobre la madre que no tenía tal información y que con posterioridad a su conocimiento muestra su arrepentimiento. Esto podría tener como corolario directo que *“la reagrupación familiar puede dar lugar a la apertura de múltiples causas y condenas judiciales o compeler a que los padres dejen a sus hijas mutiladas en los*

lugares de origen donde tal práctica es socialmente aceptada, perpetuando las desigualdades de género”¹⁴¹.

Esta sentencia es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo con nº 939/2013¹⁴², de 16 de diciembre, que declara haber lugar a la misma. En este recurso, el TS determina que no puede otorgársele tal valor probatorio a la declaración del enfermero y con ello, considerarse tan incriminatorio ya que lo único que demostraría es que los padres ya eran conocedores de esta o lo hicieron en ese preciso momento, pero al ser una práctica corriente en su Estado, no mostraron ninguna extrañeza.

De igual forma, desvirtúan que los presentes hechos puedan estar contenidos en una actuación omisiva o negligente por el simple hecho de dejar el cuidado de la menor a la abuela ya que *“no concurriría a su juicio el manifiesto conocimiento y consentimiento de la impugnante a la lesión que padece su hija, o dicho en otros términos, no aparece en el factum la omisión consciente por haber dejado a su hija cuando contaba 1 año al cuidado de la madre (abuela materna), lo que por sí mismo no implica aceptación del resultado de la extirpación del clitoris que padeció”* (STS 939/2013, de 16 de diciembre, FJ 1º).

Del mismo modo, se menciona lo que apuntaba precedentemente JIMÉNEZ, de la causa por la que no se responsabilizada de la misma forma al progenitor, el TS relaciona este factor con la posición de garante que sería necesaria para que concurriese la comisión por omisión señalada. Literalmente dispone lo siguiente:

En cualquier caso, no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en el mismo proceso, con iguales pruebas que la recurrente (su testimonio, declaración del enfermero y dictámenes periciales), cuando resultó absuelto (...) (STS 939/2013, de 16 de diciembre, FJ 2º).

¹⁴¹ JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 de 4 de abril de 2013”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº2, 2013, pp. 353-356.

¹⁴² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 939/2013, de 16 de diciembre.

En último lugar, considera no acreditado la existencia de un error vencible, al no creer que existiera esa accesibilidad a un medio que la hiciera disipar el mismo (STS 939/2013, de 16 de diciembre, FJ 3º). Por todo ello, la Sala la absuelve.

El juez MARCHENA GÓMEZ realiza un voto particular disidente con la STS cuyas máximas residen sobre la posición de garante de la progenitora y el error vencible. Respecto a la posición de garante, se reitera en lo expresado por la AN y clarifica que debe entenderse que la responsabilidad recae sobre la madre ya que no existen datos que permitan determinar de forma indubitada que la patria potestad era puramente nominal y no *de facto*. Refuerza su opinión con la declaración en juicio de la acusada de su repudio a esta práctica, lo que considera que le otorga una mayor ponderación a la omisión.

En relación con el error vencible, una vez más, muestra su disconformidad sobre la carencia de acceso a un sistema de información sobre esta práctica. Sustenta su discurso bajo la ratificación de los principales textos de reconocimiento de la dignidad y el derecho a la integridad física de las mujeres por Senegal, lo que conlleva la erradicación de la ablación. Entre esta normativa, se encuentra la Convención de Derechos de Niño firmada y con entrada en vigor en 1990, la Carta Africana de Derechos Humanos y el Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003; dentro de los cuales específicamente se insta a los Estados a la prohibición de esta práctica junto con medidas sancionadoras.

Esta vía jurisprudencial adoptada por el TS en relación con la figura de la comisión por omisión de los progenitores se mantiene, si observamos la SAN 5/2014, de 24 de febrero. Los hechos probados muestran que un matrimonio residente en España, realizan un viaje a su país de origen, Gambia, con sus hijas menores de edad. Antes de la realización de este, las menores son reconocidas ginecológicamente y no muestran signos de lesiones. En el centro médico, se les informa a los padres de las consecuencias sanitarias y legales que tendría que se les practicase a sus hijas la

ablación, costumbre ancestral en su país. Al regreso, la madre descubre a través de las propias menores, que su abuela les práctico la ablación, lo que ocasiona un fuerte reproche por parte de aquella.

La AN les absuelve del delito de mutilación genital por considerar que se debe excluir la autoría de los padres bajo comisión por omisión del art. 11 CP, al considerar la total falta de consentimiento de los padres como demuestra la recriminación de la madre. Añade la sentencia que no puede reputarse como un incumplimiento del art. 154 II párrafo CC, que recoge el deber de cuidado que entraña la patria potestad, que la familia viaje a Gambia por la mera sospecha de que se pueda producir esta mutilación ya que esta alternativa provocaría la ruptura de lazos familiares.

Como tampoco puede apuntarse que se transgreda el anterior por el simple hecho de dejar el cuidado de las niñas a la abuela.

6.4 Comentario general sobre la jurisprudencia analizada

Como primer punto de adhesión entre las sentencias consideradas, se sustrae la concurrencia de la aplicación del artículo 149.2 CP con el fundamento primordial de que la consecución de los hechos delictivos tiene un ánimo delimitado en la motivación cultural o hereditaria. Un claro paradigma lo presenta la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio, en la cual no se condena al acusado al determinar el Tribunal que el autor no realizó los supuestos punibles con esa intencionalidad. Literalmente expone: *“Es decir, el precepto tiene por objeto únicamente combatir esas inaceptables prácticas culturales, pero no supuestos como el de autos”* (FJ 3º). A lo largo de la jurisprudencia exhibida se comprueba como los Tribunales no solo cumplen con lo estipulado de forma textual en el artículo *sui generis* elaborado, sino que le acrecientan la necesidad de esta causa amparándose en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, al referirse a *“la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”*. Así pues, antagónicamente a lo

expuesto, la SAP Albacete 22/2007, de 17 de octubre, pena al investigado bajo este tipo a pesar de no concurrir esa motivación cimentada en normas consuetudinarias.

Esto nos lleva a plantearnos si a tenor de lo desarrollado, el art. 149.2 CP se puede aplicar si este tipo de razones culturales que señala la Exposición de motivos o si inversamente, las mutilaciones genitales se pueden realizar acordes a estas tradiciones, pero no se deben destinar meramente para esos supuestos fácticos.

Otro aspecto excepcional es en relación con la autoría desde la comisión del hecho de forma directa o por comisión por omisión equivaliendo ambas a la mutilación. En este aspecto existe una divergencia interpretativa ya que las SAP Teruel 26/2011, de 15 de noviembre y SAP Barcelona 42/2013, de 13 de mayo junto con sus respectivas sentencias de casación ante el TS consideran que los padres en ejercicio de su patria potestad ostentan la figura de garantes en lo referido a la protección de sus hijos. Así pues, al encontrarse bajo su custodia es irrelevante si el ilícito es producido de forma directa por ellos o por una tercera persona.

Ahora bien, la STS 939/2013, de 16 de diciembre y la SAN 5/2014, de 24 de febrero se desvían radicalmente de la anterior tesis e interpretan la figura del garante de forma restrictiva al estimar que no se puede determinar como responsables de la mutilación a los padres por el hecho de dejarlos al cuidado de sus abuelas. Por ello, no se puede ni dictaminar la aceptación de esta práctica ni que se infrinjan sus deberes jurídicos como padres.

Ulteriormente, se plantea el error de prohibición en referencia con el conocimiento o privación de este en relación con la normativa y no sustentando en el hecho de pertenecer a una cultura distinta, el cual, es uniformemente excluido por la jurisprudencia. Sobre dicha causa de exclusión de la responsabilidad penal, los Tribunales crean un binomio estimativo entre la vencibilidad del error y su arraigo debido a que analizan el tiempo de residencia de los procesados, el conocimiento del idioma, su interacción social y si su vida laboral en España.

En todos los casos se puede apreciar cómo se efectúa un escrutinio individual y atendiendo a las circunstancias y coyuntura de cada uno de los acusados con independencia de basarse la causa en los mismos hechos. En esencia, atienden a las condiciones personales y propias de cada acusado.

En la STS 939/2013, de 16 de diciembre se infiere que el Magistrado D. Manuel Marchena acumula a los otros factores, la existencia de normativa internacional o nacional del Estado origen de la acusada que prohíben la práctica enjuiciada y bajo ese contexto, muestra que, aunque no se conozca la normativa nacional, sí que se debía reconocer la legislación del país de origen y, con ello, la ilicitud de esta.

7. Conclusiones

Primera. De la disputa existente entre la libertad religiosa y la salud, se puede sustraer de forma sustancial que la salud constituye uno de los límites inquebrantables de la libertad religiosa al englobarse dentro del concepto jurídico indeterminado “orden público”. Asimismo, desde la perspectiva jerárquica, ambos derechos conforman el “núcleo duro constitucional” por lo encuentran amparo bajo las mismas garantías, de forma que no se puede sostener que exista una preponderancia genérica de uno sobre el otro.

Ante la constante dualidad y disparidad doctrinal, COMBALÍA sostiene que se dilucida la primacía del derecho *ad casum* y se debe atender a la capacidad de la persona, el grado de interiorización de los riesgos asumidos y la falta de interferencia externa.

Segunda. Si focalizamos la presente disyuntiva de derechos en relación con la minoría de edad, se concluye en primer término que los menores son titulares de la libertad religiosa pero la práctica de este derecho dependerá de la madurez y del interés superior de los mismos al entrar en conflicto con el derecho a la salud. Ambos conceptos son de ardua interpretación, pero de ellos estribará la necesidad de autorización parental o la plena autonomía del anterior.

Concretamente, se estima que el consentimiento de un menor es válido cuando está emancipado o es mayor de 16 años y no está incapacitado, al asimilarlo a la mayoría de edad con pleno goce de sus derechos. En el supuesto en que el menor no haya alcanzado tal edad, y, por tanto, tampoco pueda estar emancipado, la eficacia de su consentimiento obedecerá a su capacidad intelectual y volitiva.

Tercera. La práctica de la MGF no se puede asociar a una justificación sustancial e inherente, sino que se debe a la correlación de varias como: tradición, socioculturalidad, identidad cultural, cuestión religiosa, higiene y estética. Aunque sí que se podría afirmar de forma palmaria que todas las razones precedentes confluyen en el género y en la necesidad ineludible de efectuar esta práctica para poder formar

parte del grupo social establecido. Siendo sometidas las mujeres, *a sensu contrario*, al ostracismo y la extradición social.

Cuarta. La circuncisión presenta una principal similitud respecto a la MGF, al ser fomentada por diversas motivaciones como la religión, la salud o la integración social. Aunque se debe remarcar que, en este caso, se trata de una intervención quirúrgica de bajo riesgo y que no provoca efectos perniciosos para la salud, opuestamente que en la MGF. La principal diferencia entre ambas prácticas estriba en un aspecto jurídico ya que la circuncisión se enmarca en el derecho de los padres a educar a sus hijos bajo sus convicciones religiosas siempre que estas no produzcan un perjuicio en su integridad física y no atenten contra el interés superior de los menores.

Quinta. La legislación internacional, a partir de la DUDH, comenzó a concebir la ablación como un acto de violencia de género y con ello, de vulneración de derechos fundamentales como la libertad, igualdad, dignidad; la protección de su derecho a la vida, libertad o seguridad o la prohibición de ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Con ello, la MGF se dejó de percibir como un acto privado y reservado al ámbito familiar perpetuado y refrendado por la tradición e identidad cultural y ancestral. Ulteriormente, se elaboraron otras normativas que configuran una protección para los derechos de las mujeres y niños a la vez, que fomentan la reeducación y la punición por los Estados de estas prácticas.

Sexta. La normativa europea prosigue las premisas dadas por la diversa normativa internacional emanante de la ONU. Asimismo, promueve a los Estados miembros a considerar esta práctica como un tipo delictivo independientemente de la existencia o carencia de consentimiento del vulnerable; señala los posibles autores; excluye la tipificación de una causa de justificación con base en motivación religiosa e implanta el principio de justicia universal.

Particularmente, esta reglamentación se transpone por los Estados miembros por medio de dos vías. La primera, la elaboración de leyes penales *ad hoc* como en Reino Unido y Suecia o la adaptación de sus Códigos Penales para la inclusión de

delitos singulares como en Italia o España. La segunda, consistente en la falta de elaboración de una normativa específica para este ilícito. Por ello, es menester ajustar esta praxis en el delito de lesiones y tipos agravados ya preexistentes en sus ordenamientos como, por ejemplo, Francia y Alemania, entre otros.

Séptima. La normativa penal española se ha inclinado por el establecimiento de una normativa propia para este delito a partir de la LO 11/2003, de 29 de diciembre, que lo recoge en el art. 149.2 CP. Sobre el meritado artículo se debe reseñar que existen no pocas controversias interpretativas debido a que no señala como sujeto pasivo únicamente al género femenino sino a ambos géneros; castiga la “*mutilación genital en cualquiera de las manifestaciones*” sin establecer una graduación de la pena dependiendo del tipo referido y con ello del daño ocasionado; y no esclarece si dentro de la mutilación se debe entender tipificado el cuarto tipo de ablación al no producirse un corte o cercenamiento como tal.

Sin embargo, la normativa presenta un artículo específico para inhabilitar a los padres o tutores en el caso en que la víctima sea menor o incapaz, lo cual es considerado doctrinalmente como una doble victimización.

Octava. La normativa española, análogamente a lo establecido por la normativa europea expuesta a lo largo del trabajo, no estima el consentimiento de la víctima como un elemento de atenuación al ocasionar el hecho delictivo un menoscabo de la integridad física. De la misma manera, la política criminal nacional reconoce el principio de extraterritorialidad o justicia universal en virtud de la LO 1/2014, de 13 de marzo, en el art. 23.4.1 LOPJ. A través del reseñado artículo, se puede condenar por mutilación cuando el procedimiento se dirige contra un español; un extranjero que reside habitualmente en España; o una víctima con nacionalidad española o residencia habitual en territorio nacional siempre que el culpable del ilícito se encuentre en España.

Novena. La MGF es un “delito culturalmente motivado” al encajar escrupulosamente en los requisitos determinantes del mismo. Se conceptúa como un

acto reprochable penalmente por la reglamentación del Estado de acogida, mientras que el sujeto pasivo procede de un Estado en el que dicha conducta es una norma consuetudinaria permitida. Este tipo de delitos se sostienen en un germen cultural que provoca un comportamiento homogéneo por todos los integrantes de ese Estado y por la divergencia normativa entre los países. Todo ello, se encuentra presente en la ablación, al ser una conducta asentada en la tradición y recurrente entre los integrantes de la comunidad de origen; lo que ocasiona este choque normativo.

Décima. Sobre la autoría cabe resaltar que los sujetos pasivos pueden efectuar esta práctica mediante su participación o por medio de una conducta omisiva. Particularmente, por medio de la comisión por omisión al infringir una norma preceptiva. Siendo especialmente reseñable la figura de un garante, que es personificado en la mayoría de los casos relatados por los padres o tutores al ser los responsables directos de la protección de la integridad física de los menores o incapaces y, por ende, poder evitar el riesgo de la producción del resultado al estar bajo su patria potestad o tutela.

Undécimo. En relación con posibles causas de atenuación o exclusión de la responsabilidad, de la jurisprudencia expuesta se deduce que únicamente se puede alegar el error de prohibición recogido en el art. 14 CP. Este se configura como un reverso de la conciencia de antijuridicidad, elemento de la culpabilidad. Por tanto, se estimaría en los supuestos en que el autor del hecho puede probar que actuaba bajo la creencia de que su conducta era lícita y no tenía conocimiento de la apreciación negativa de la misma.

Una variante de esta sería el “*error de prohibición culturalmente condicionado*” conceptualizado por ZAFAFORI. Se efectúa en aquellos supuestos en los que el autor material del ilícito ha sido educado en un Estado con una normativa jurídica contrapuesta a la del Estado en el que ha cometido el delito. Por consiguiente, la atenuación reside en la falta de comprensión efectiva del ordenamiento debido a que se encuentra condicionado por sus valores autóctonos. En España no se contempla este tipo de atenuante o eximente.

Duodécima. El asilo se concibe como un instrumento de amparo para las personas que reúnan dos principales requerimientos: “*la pertenencia a un determinado grupo social*”, como es el hecho de ser mujeres con riesgo de sufrir MGF, y “*el temor fundado de persecución*”, producido por el hecho de sufrir este tipo de mutilaciones.

En España este derecho se encuentra constitucionalmente protegido en virtud del art. 13.4 y regulado legislativamente. Dicha regulación presenta dificultades para la concesión de este derecho, debido a que las razones de género no se encuentran tipificadas al mismo nivel que el resto de las motivaciones y que para la concesión del asilo se presta especial atención a sí de forma efectiva existiría persecución y a las circunstancias del Estado de origen.

Decimotercera. Sobre la jurisprudencia nacional se debe señalar en primer término que no existen excesivos pronunciamientos de los tribunales. Asimismo, es destacable que la concurrencia del art. 149.2 CP se aplica mayoritariamente cuando existe un *animus* fundado en un razonamiento cultural a pesar de no estar inmerso el mismo dentro del precepto. De igual forma, es notable la matización que efectúan los tribunales en relación con el error de prohibición al determinar su vencibilidad o invencibilidad de acuerdo con el tiempo de residencia de los procesados, su inmersión lingüística, su interrelación social y su vida laboral.

“La tradición es una muralla de piedra hecha de pasados que ciñe el presente”

Stefan Zweig, escritor y biógrafo austriaco (1881-1942)

Bibliografía

ASUA BATARRITA, A., “Criminología y Multiculturalismo. Medidas Internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Eguzkilo*, núm. 18, diciembre 2004.

CANO RUIZ, I., “Cultura, Religión y Derecho Penal en la mutilación genital femenina”, en *Derecho y Religión*, Vol. XII, 2017.

CORRAL GARCÍA, R., “STC 154/2002: La negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004.

ESCOBAR MARÍN, J.A., “El Derecho de libertad religiosa y sus límites jurídicos”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2006.

FÉLIX BALLESTA, M.A., “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las confesiones religiosas minoritarias”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVI, 2000.

FÉRNANDEZ DE CASTRO, E., PORTAL MARTÍNEZ, E., SERRANO GARCÍA, J.M., *La mutilación genital femenina en España. Contexto, protección e intervención para su eliminación*, Dykinson S.L., Madrid, 2017.

GARCÍA, Y., *Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Fundación Alternativas, 2007.

HURTADO POZO, J., “Derecho penal y diferencias culturales: el caso peruano”, en *Derecho penal y criminología*, vol. 29, nº 86-87, 2008.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013

de 4 de abril de 2013”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, nº 2, 2013.

KALINSKY, B., “Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar”, en *Gazeta de Antropología*, núm. 19, Artículo 16, 2003.

KAPLAN MARCUSAN, A., *De Senegambia a Cataluña. Proceso de aculturación e integración Social*, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 1998.

LA BARBERA, M.C., “Mujeres, migración y Derecho penal. El trato jurídico de la ‘Mutilación Genital Femenina’”, en *Sortuz. Oñati journal of Emergent Social-Legal Studies*, vol. 4, núm 1, 2010.

LUCAS, B., “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008.

MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J. y KRESSOVA, N. (coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Inmigrantes, Granada, 2011.

MEDICUS MUNDI ANDALUCÍA, *Mutilación Genital Femenina. Más que un problema de salud*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2008.

MORENO ANTÓN, M., “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15, 2011.

RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Derecho y Religión. Nociones de Derecho Eclesiástico del Estado*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2013.

SALINAS DE FRÍAS, A., “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino de la protección frente a la mutilación genital femenina”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 14, 2º Semestre 2009.

SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política. Estrategia para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-11, 2014.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008.

OLAIZOLA NOGALES, I., “La relevancia de la motivación cultural en el Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, núm. 20-03.

VAN GENNEP, A., “Los ritos de paso”, en *Alianza Editorial*, Madrid, 1969.

VIDAL GALLARDO, M., “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, en *Derechos y Libertades*, n° 34, Época II, enero 2016.

Bibliografía en línea

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, Amnistía Internacional (EDAI), Madrid, 1998. En: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12056.pdf>.

Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina, UNICEF, 2005, Innocent Digest. Consultado en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf> (en línea a 29 de julio de 2019).

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Clasificación de la Mutilación Genital Femenina según la OMS, en Human Reproduction Programme: <https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/overview/es/> (Fecha de visita: 18 de junio de 2019).

Comprender y abordar la violencia contra las mujeres: mutilación genital femenina, elaborado por WHO. En:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98838/WHO_RHR_12.41_spa.pdf;jsessionid=C7B87DF2DB33631892B1B07CA04542F2?sequence=1 (En línea el 26 de junio de 2019).

DISIDENTIA, *La mutilación genital masculina*, en <https://disidentia.com/la-mutilacion-genital-masculina/> (En línea el 27 de agosto de 2019).

INFORME UNICEF, *Cambiar una convención social perjudicial: ablación o mutilación genital femenina*, Siena, Unicef, 2005, Centro de Investigaciones Inocenti. En: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>.

KAPLAN MARCUSÁN, A., SALAS SEOANE, N. y MANGAS LLOMPART, A. (Fundación WASSAU-UAB), Centro de Publicaciones, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, p. 39. En: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4857_d_MGF_definitivo.pdf.

LEFEBVRE, “La mutilación genital femenina. Nuevos delitos en el Código Penal”, en *Revista de jurisprudencia*, 2016. En: <https://elderecho.com/la-mutilacion-genital-femenina-nuevos-delitos-en-el-codigo-penal> (Consultado el 13 de agosto 2019).

Mapa de la mutilación genital femenina (MGF) en España en 2016, Fundación Wassu UAB, 2016. En: https://mgf.uab.cat/esp/novedades_Mapas_2016.html (Vista el 26 de junio de 2019).

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

OMS, *Salud sexual y reproductiva. Complicaciones sanitarias de la mutilación genital femenina*, en: https://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/health_consequences_fgm/es/ (Consultado el 14 de julio de 2019).

Preguntas Frecuentes sobre la mutilación genital femenina según UNFPA. En: <https://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-la-mutilación-genital-femenina-mgf> (Consultada el 18 de junio de 2019).

Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015. En: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Protocolo_MGF_vers5feb2015.pdf (Consultado el 26 de junio de 2019).

Reportaje sobre la Circuncisión masculina y el VIH: aquí y ahora de ONUSIDA. En: <https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2007/february/20070228mcpt2> (Disponible a 25 de junio de 2019).

UNAIDS, *Circuncisión masculina: contexto, criterios y cultura*. En: <https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2007/february/20070226mcpt1> (En línea el 27 de agosto de 2019).

UNICEF, *Día contra la mutilación genital femenina: sus peores consecuencias*. En: <https://www.unicef.es/blog/dia-mutilacion-genital-femenina-consecuencias>.

Anexo Jurisprudencial

- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 2 /1982, de 29 de enero.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 24/1982, de 13 de mayo.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril.
- Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 154/2002, de 18 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 646/1987, de 20 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 2842/1990, de 27 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 327/1994, de 28 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 7º). Sentencia núm. 52/1997, de 19 junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 950/1997, de 27 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 631/2002 de 11 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 1135/2006 de 16 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 336/2009 de 2 de abril.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 835/2012, de 31 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 939/2013, de 16 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1º). Sentencia núm. 399/2014, de 8 de mayo.

Brianda Borobia Jodra
MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

- Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 1º). Sentencia núm. 1898/2004, de 17 de marzo.
- Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 8º). Sentencia núm. 256/2010, de 15 de septiembre.
- Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4º). Sentencia núm. 36/2012, de 24 de julio.
- Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4º). Sentencia núm. 9/2013, de 4 de abril.
- Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3º). Sentencia núm. 5/2014, de 24 de febrero.
- Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2º). Auto núm. 7/2004, de 26 de enero.
- Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2º). Sentencia núm. 22/2007, de 17 de octubre.
- Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1º). Sentencia núm. 16/2011, de 15 de noviembre.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9º). Sentencia núm. 42/2013, de 13 de mayo.
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20º). Sentencia núm. 735/2013, de 14 de junio.