

## LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PENAL ESPAÑOLA SOBRE LA ABLACIÓN. EL TIPO CUALIFICADO DE LESIONES DEL ART. 149.2

Sergio Cámara Arroyo  
*Universidad Internacional de La Rioja*

**Abstract:** The ritual of female genital mutilation affects more than 140 million women and girls worldwide. Its practice encompasses all procedures involving partial or total removal of the external female genitalia or other injury caused to them by non-medical reasons. Among the reasons for conducting such justifications are religious. Because ablation migration processes has begun to level detected in countries and Western culture. This situation has led to a conflict between the traditions of immigrants and the law of the host states. Female genital mutilation is a procedure that provides no health benefit, by contrast, is a violation of women's human rights. Therefore, he deserved the rejection of the international community and the European Union has urged states to develop legislation prohibiting it. In Spain, FGM has been classified as a crime of serious injuries in art. 149.2 CP after the reform by the LO 11/2003. The purpose of this study is to conduct a review of our criminal law and jurisprudence concerning the treatment of female genital mutilation, focusing on the issues surrounding the criminal legal intervention and its intersection with respect to freedom of thought, conscience and religious communities that practice as part of multiculturalism.

**Keywords:** Female genital mutilation, ablation, criminal law, personal injury, limits of religious freedom, human rights.

**Resumen:** El ritual de la mutilación genital femenina afecta a más de 140 millones de mujeres y niñas en el mundo. Su práctica abarca todos los procedimientos que conllevan una ablación parcial o total de los genitales femeninos externos u otra lesión causada a los mismos por motivos no médicos. Entre las razones para su realización se encuentran justificaciones de índole religiosa. Debido a los procesos migratorios la ablación ha comenzado a detectarse en países de ámbito y cultura occidentales. Tal situación ha supuesto un conflicto entre las tradiciones de los inmigrantes y el Derecho de los Estados de acogida. La mutilación genital femenina es un procedimiento que no aporta ningún efecto beneficioso para la salud; por el contrario, supone una viola-

ción de los derechos humanos de la mujer. Por ello, ha merecido el rechazo de la Comunidad Internacional y la Unión Europea que han instado a los Estados a desarrollar legislaciones que la prohíban. En España, la mutilación genital femenina ha sido tipificada como un delito de lesiones graves en el art. 149.2 CP tras la reforma operada por la LO 11/2003. El objeto del presente estudio es realizar un análisis de nuestra legislación y jurisprudencia penal relativas al tratamiento de la mutilación genital femenina, enfocándolo en la problemática que rodea a la intervención jurídico-penal y su intersección con el respeto a la libertad ideológica, de conciencia y religiosa de las comunidades que la practican en el marco del multiculturalismo.

Palabras clave: Mutilación genital femenina, ablación, Derecho penal, lesiones graves, límites a la libertad religiosa, derechos humanos.

SUMARIO 1. Introducción.- 2. Problemática y tratamiento de la ablación en el marco jurídico internacional y regional.- 3. Derecho penal y mutilación genital femenina. Aspectos problemáticos de la legislación penal sobre la ablación.- 4. El tipo penal de lesiones con menoscabo esencial de la integridad corporal. El art. 149.2 CP.- 5. Análisis de jurisprudencia penal sobre la mutilación genital femenina.- 6. Conclusiones.-

## 1. INTRODUCCIÓN

La práctica ritual de la ablación genital femenina es una realidad que afecta a más de 140 millones de mujeres y niñas según los datos arrojados por la Organización Mundial de la Salud<sup>1</sup> (OMS). Aunque se han barajado varios conceptos<sup>2</sup> para determinar el significado exacto del término *Mutilación*

<sup>1</sup> Vid. Organización Mundial de la Salud: Nota descriptiva, N° 241, febrero 2012, consultada en <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>> (07/10/2013).

<sup>2</sup> En la Declaración conjunta de la OMS, UNICEF y FNUAP de abril de 1997, se unificaron las denominaciones de los diferentes tipos de mutilaciones genitales, así como su clasificación. Se acordó llamarlas MGF y se definieron con los siguientes términos: “las mutilaciones sexuales femeninas designan todas las intervenciones que conllevan una ablación total o parcial de los órganos genitales externos de la mujer o toda otra mutilación de los órganos genitales externos femeninos que sean practicadas por razones culturales u otras y no con fines terapéuticos”. En general, la mayor parte de los autores siguen la definición de la OMS, con ligeras modificaciones. Así, Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *Diario La Ley*, N°. 5383, 26 de septiembre de 2001, recopilado en *La Ley*, Tomo VI, p. 1393; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Instituto andaluz de la mujer, Córdoba, 2003, p. 23; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurí-

*Genital Femenina* (en adelante, MGF), siguiendo al mismo organismo internacional citado, podemos indicar que su realización “abarca todos los procedimientos que conllevan una ablación parcial o total de los genitales femeninos externos u otra lesión causada a los mismos por motivos no médicos. (...) Consiste en extirpar y dañar tejido genital femenino sano y normal, y de esa manera interferir en el funcionamiento natural del cuerpo de la niña o la mujer”<sup>3</sup>.

La definición engloba, por tanto, diferentes métodos o formas<sup>4</sup> de llevar a cabo la MGF, así como una distinta intensidad y amplitud de la intervención en los órganos genitales externos femeninos —clítoris, labios exteriores, labios interiores, etc.— afectados por la mutilación.

dico español ante la mutilación genital femenina”, en *Diario La Ley*, Nº 6460, 11 abril de 2006, recopilado en *La Ley*, p. 1480; Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>.: “Los derechos de la mujer y la cultura: ¿Un conflicto?”, en Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>. (Coord.): *Inmigración, multiculturalismo y Derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 241, que se refiere a la “extirpación o corte”; Gallego Álvarez, M<sup>a</sup>.A., y López, M<sup>a</sup>.I.: “Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, Nº 16 (3), 2010, p. 147, si bien matizan el término procedimiento, sustituyéndolo por la expresión “procedimientos quirúrgicos”. Por otra parte, algunos autores se decantan por la definición aportada por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), extraída de la obra de Shell-Duncan y Hernlund, como “una variedad de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos o su alteración por razones que no son de índole médica”; Vid. Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y.: “Female “circumcision” in Africa: Dimension of Practice and Debate”, en Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y. (Eds.): *Female “Circumcision” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Lynne Rienner Publisher, London, 2000, pp. 3 y ss.; Lewnes, A. (Ed.): *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*. UNICEF, Bernard & Co, Siena, 2005, p. 9; y seguida en la doctrina española por García García-Cervigón, J.: “La mutilación femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?”, en *La Ley Penal*, Año VIII, Nº 78, 2011, p. 52; y también por Grande-Gascón, M<sup>a</sup>.L., Ruiz-Seisdedos, S., y Hernández-Padilla, M<sup>a</sup>.: “El abordaje social y político de la mutilación genital femenina”, en *Portularia* Vol. XIII, Nº 1, 2013, p. 12. La organización internacional Amnistía Internacional, simplifica el concepto de MGF a “extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos”; Cfr. Amnistía Internacional: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación*. EDAI, Londres, 1998, p. 21. Como puede observarse, las diferencias entre definiciones son prácticamente imperceptibles, manteniendo un significado análogo. No obstante, nótese que la segunda de ellas utiliza el término genérico “alteración”, en lugar del concepto “lesión”, que mantiene una connotación jurídica más concreta. Tal diferenciación será importante, como expondré más adelante en el texto principal de este estudio, a efectos de definir con mayor rigor el tipo penal del art. 149.2 CP. El concepto de Amnistía Internacional, por otra parte, hace uso del verbo “extirpar”, excluyendo otras prácticas menos invasivas. Finalmente, también UNICEF aceptará la definición propuesta por la OMS; Vid. UNICEF: *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, Julio, 2013, p. 6, disponible online en <[www.childinfo.org/files/FGCM\\_Lo\\_res.pdf](http://www.childinfo.org/files/FGCM_Lo_res.pdf)> (31/10/2013).

<sup>3</sup> Cfr. OMS: Informe de la Secretaría. Mutilación Genital Femenina. 61<sup>a</sup> Asamblea Mundial de la Salud, 20 de marzo de 2008, Documento A61/11, párrafo 1.

<sup>4</sup> Sobre la tipología de la ablación femenina a efectos de determinar el tipo penal del art. 149.2 CP, véase el epígrafe 4 de este trabajo.

El origen de la MGF hunde sus raíces en las costumbres ancestrales<sup>5</sup> arraigadas en muchas sociedades de África, Oriente Medio y algunos lugares de Asia<sup>6</sup>. Sin embargo, los motivos para su efectivo establecimiento no se encuentran verdaderamente clarificados, abduciéndose razones<sup>7</sup> de índole

<sup>5</sup> Su práctica se remonta a Egipto desde la época paleocristiana; Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, en De Lucas Martín, F.J. (Dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. CGPJ, Madrid, 1999, p. 148; Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal...” ob. cit., p. 1405, nota núm. 1; Adam Muñoz, M.D.: *La mutilación genital femenina...* ob. cit., p. 25, si bien la autora indica que “nadie sabe con seguridad cuándo y cómo comenzó esta práctica. Se cree que se lleva realizando desde hace cuatro mil años, lo cual queda avalado por algunas momias encontradas con este tipo de intervención realizada, hecho que nos conduce a pensar que es una práctica pre-islámica. (...) Podemos concluir que se trata de una costumbre que se supone nació en Egipto y se fue extendiendo por las sociedades tribales de muchos países africanos”; Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>: “Los derechos de la mujer y la cultura...” ob. cit., p. 242; Casajoana Guerrero, M., Caravaca Nieto, E., y Martínez Madrigal, M<sup>a</sup>.I.: “Una visión global de la mutilación genital femenina”, en *Matronas Prof.*, N<sup>o</sup> 13(3-4), 2012, p. 77, quienes exponen que “podría ser una práctica milenaria surgida en el antiguo Egipto, previa al Islam, que se difundió a través de la influencia de la civilización egipcia. Ello explicaría que la practiquen los cristianos coptos de Egipto y del Sudán, los judíos “*falaixa*” de Etiopía y tribus africanas de culto animista”. Finalmente, Marchal Escalona, indica que la MGF “es una práctica muy antigua. Su origen, tanto en el tiempo como en la geografía, no se ha podido establecer. Era ya practicada entre los egipcios desde 5000 o 6000 años a.C. Se sabe, por otros investigadores, que dicho rito era practicado en las zonas tropicales de África y Filipinas, por ciertas etnias de la Alta Amazonía y, en Australia. En Europa y en Estados Unidos, la escisión del clítoris fue utilizada por algunos médicos, durante los siglos XVIII y XIX e incluso a comienzos del XX, como tratamiento para ciertas enfermedades de origen nervioso como la histeria, la epilepsia y la migraña. Todo esto demuestra que esta práctica se ha ejercido en diversos pueblos y sociedades de todos los continentes, en todas las épocas históricas”; Cfr. 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 Migraciones, Granada, 2011, pp. 2179. Por otra parte, el término “infibulación” con el que se suele designar también a la MGF puede tener sus raíces en la época romana, Vid. *Médecos Mundi (Andalucía): Mutilación genital femenina*. Más que un problema de salud. Junta de Andalucía, Asociación Andaluza de Matronas, CICODE, Granada, 2008, p. 24.

<sup>6</sup> Acerca de los porcentajes de población y las regiones donde se práctica la MGF, Vid. Lewnes, A. (Ed.): *Cambiar una convención...* ob. cit., pp. 11 y ss.; y también, con datos concretos sobre su práctica en España, Vid. Kaplan Marcusán, A., y Bedoya, M.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, en De Lucas Martín, J.F. (Coord.): *Europa: Derechos, Culturas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 18 y ss.; con información más reciente, Vid. *in extenso*, Kaplan Marcusán, A., y López Gay, A.: *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010, *passim*. Para unas estadísticas más actualizadas, Vid. el reciente estudio realizado por UNICEF: *Female Genital Mutilation/Cutting...* ob. cit.

<sup>7</sup> Una síntesis de estos factores, con referencias bibliográficas de cada uno de ellos, puede consultarse en Jiménez Ruiz, I., Almansa Martínez, P., Pastor Bravo, M.M., y Pina Roche, F.: “Aproximación a la Ablación/Mutilación Genital Femenina (A/MGF) desde la Enfermería Transcultural. Una revisión bibliográfica”, en *Enfermería Global*, N<sup>o</sup> 28, octubre 2008, pp. 399-402; también, desde una perspectiva antropológica, Lucas, B.: “Aproximación antropológica de la ablación o mutilación genital femenina”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*,

cultural<sup>8</sup>, sociológico-antropológico o ritual<sup>9</sup>, higiénico e, incluso, religioso<sup>10</sup> –punto fuerte, este último, de nuestro análisis–. Así, según expone FACCHI, “si analizamos el significado tradicional, la escisión aparece alternativamente como un ritual que simboliza el paso de la infancia a la pubertad, convirtiendo a la niña en mujer, o como un rito de diferenciación que ensalza la especificidad femenina. (...) Los valores simbólicos de la escisión se manifiestan en los mitos de muchos pueblos africanos. (...) En la mitología Dogón, al igual que en la de otros pueblos africanos, la escisión está en el origen de la humanidad.

En cambio, si analizamos las funciones actualmente atribuidas a la escisión por los mismos africanos, entre las más comunes encontraremos una mejora de la higiene, la estética y la fertilidad de las mujeres, la reducción del placer sexual femenino y un aumento del placer masculino –de ahí la utilidad de la escisión en la poligamia y en el control de la fidelidad conyugal–, y la facilitación del parto.

De todos modos, por encima de todas estas funciones está siempre el sentimiento de obligación religiosa y social. Mientras que las sociedades animistas suelen vivir la escisión como una costumbre social carente de connotaciones religiosas, los musulmanes la consideran como una obligación religiosa<sup>11</sup>.

Según exponen los informes de los organismos internacionales antes citados, esta clase de intervención se realiza principalmente en niñas meno-

---

Nº. 17, 2008, pp.7 y 8.

<sup>8</sup> Para Adam Muñoz, la MGF constituye más bien una práctica amparada en la tradición perteneciente a diversas culturas; Vid. Adam Muñoz, M<sup>o</sup>.D.: *La mutilación genital femenina...* ob. cit., p. 29; la misma autora: “La respuesta...” ob. cit., p. 1.480.

<sup>9</sup> Sobre una visión personalista del ritual de la ablación en algunas comunidades indígenas africanas, Vid. Ahmadu, F.: “Rites and Wrongs: An insider/outsider reflects on power and excision”, en Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y. (Eds.): *Female “Circumcision” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Lynne Rienner Publisher, London, 2000, pp. 286 y ss.; y, en castellano, Kaplan Marcusán, A.: “Aproximación antropológica a las mutilaciones genitales femeninas” en *Cuadernos de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos*, Nº 4, 2003 pp. 23-30.

<sup>10</sup> Para un estudio más pormenorizado sobre la significación religiosa de la MFG dentro de la cultura islámica, Vid. Johnson, Michele C.: “Becoming a Muslim. Becoming a person: Female “circumcision”, Religious identity, and personhood in Guinea-Bissau”, en Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y. (Eds.): *Female “Circumcision” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Lynne Rienner Publisher, London, 2000, pp. 215 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., pp. 146 y 147; para una síntesis de las implicaciones de la MGF como ritual de iniciación a la edad adulta desde una base antropológica, Vid. Kaplan Marcusán, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los Derechos humanos y el Derecho a la identidad étnica y de género”, en De Lucas Martín, F.J. (Dir.): *La Multiculturalidad*. CGPJ, Madrid, 2001, pp. 200-205; Bedoya Muriel, M.H. y Kaplan Marcusán, A.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica” en De Lucas Martín, F.J. y García Añón, J. (Eds.): *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard to FGM. Spanish Report*, Universitat de Valencia, 2004, pp. 3-6; de las mismas autoras: “Las mutilaciones genitales femeninas en España...” ob. cit., pp. 15-18.

res de edad (4 a 14 años), pese a que cada región la practica en una franja vital diferente<sup>12</sup>.

Recientemente, la ablación se ha convertido en un fenómeno a escala internacional, pues, debido a los procesos migratorios<sup>13</sup>, su práctica ha comenzado a detectarse en países de ámbito y cultura occidentales. Este hecho ha supuesto un fuerte choque entre las tradiciones de los inmigrantes y los ordenamientos jurídicos de los Estados receptores donde éstos se establecen.

Concretamente, en España se han detectado casos principalmente en Cataluña, Aragón y Navarra lo que ha dado lugar al desarrollo, a nivel autonómico<sup>14</sup>, de informes y directrices oficiales para la prevención de la MGF ante la ausencia de un protocolo estatal<sup>15</sup>. Sin embargo, lo habitual es que esta clase

<sup>12</sup> Vid. Marchal Escalona, N.: “Mutilación genital femenina...” ob. cit., p. 2180. Según se indica en Instituto Navarro para la Familia e Igualdad: Protocolo para la prevención y actuación ante la Mutilación Genital Femenina en Navarra. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2013, p. 17, “en los últimos años se está observando un descenso de la media de edad sobre todo en zonas urbanas, lo que indica que esta práctica está cada vez menos ligada a la iniciación a la edad adulta”. La razón para este descenso de la edad para la práctica de la ablación pudiera ser precisamente para “evitar que las niñas mayores, cada vez más informadas gracias a las campañas de sensibilización, se nieguen a someterse a ella”; Cfr. Sánchez Criado, V., y López Medina, M<sup>a</sup>.I.: “Mutilación genital femenina”, en *Revista de Enfermería*, N<sup>o</sup> 12, octubre 2000, p. 35.

<sup>13</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante...” ob. cit., p. 1395; la misma autora: “Derecho penal, libertad de creencias y diversidad cultural”, en Jiménez García, F. (Dir.) y Jordá Capitán, E. (Coord.): El principio de no confesionalidad del Estado español y los acuerdos con la Santa Sede. Reflexiones desde los principios constitucionales. Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, Madrid, 2007, p. 250; Jiménez Ruiz, I., Almansa Martínez, P., Pastor Bravo, MM., y Pina Roche, F.: “Aproximación...” ob. cit., p. 397; Kaplan Marcusán, A., y Bedoya, M<sup>a</sup>.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España...” ob. cit., p. 37; Valero, A., y Flores, F.: “La respuesta del Derecho ante las mutilaciones genitales femeninas: Una primera aproximación desde el Derecho Constitucional”, en De Lucas Martín, J.F. (Coord.): Europa: Derechos, Culturas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 51; García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., p. 46.; p. 139; Serrano Tárraga, M<sup>a</sup>.D.: “Violencia de Género y extraterritorialidad de la Ley penal. La persecución de la Mutilación Genital Femenina”, en *Revista de Derecho UNED*, N<sup>o</sup> 11, 2012, p. 869; Sequi, A.: “El marco legal en la lucha contra la Mutilación Genital Femenina”, en Piniella, Z. (Coord.): La erradicación de la Mutilación Genital Femenina Enfoques y perspectivas desde la cooperación internacional para el desarrollo. O’Dam, La Estafeta, Oviedo, 2013, p. 139. De forma más extensa, sobre la influencia de los flujos migratorios en los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes en España, entre los la MGF, Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad, y Conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina). Dykinson, Madrid, 2010.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, pueden consultarse los siguientes documentos: Casellas, S.: Protocolo de prevención de la mutilación genital femenina en la demarcación de Girona, 2002; Gobierno de Aragón: Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Aragón, 2006; Generalitat de Catalunya: Mutilació genital femenina, prevenció i atenció. Generalitat de Catalunya. Departament de Salut, 2006; Gobierno de Navarra: Protocolo para la prevención y actuación ante la Mutilación Genital Femenina en Navarra, 2013.

<sup>15</sup> Vid. Casajoana Guerrero, M., Caravaca Nieto, E., y Martínez Madrigal, M<sup>a</sup>.I.: “Una visión

de prácticas no se lleven a cabo en el territorio nacional, sino durante periodos vacacionales en los países de origen de los practicantes, como modo de mantener sus tradiciones y costumbres. De ahí que uno de los principales problemas a la hora de enjuiciar esta clase de lesiones fuera, precisamente, su persecución cuando los hechos ocurrían fuera de nuestras fronteras<sup>16</sup>.

Y es que, a pesar de que la MGF pueda estar fundada en razones de tipo cultural o religioso, lo cierto es que como varios organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos fundamentales han puesto de manifiesto, se trata de un procedimiento que no aporta ningún efecto beneficioso para la salud de la mujer<sup>17</sup>. Por el contrario, algunos de sus efectos pueden ser muy perjudiciales<sup>18</sup>: hemorragias graves y problemas urinarios, quistes, infecciones, infertilidad, complicaciones del parto, etc.

global..." ob. cit., p. 80.

<sup>16</sup> Vid. Roper Carrasco, J.: "El Derecho penal ante la mutilación..." ob. cit., pp. 1395 y 1396; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., p. 76; la misma autora: "La respuesta del ordenamiento jurídico..." ob. cit., p. 1484; Llabrés Fuster, A.: "El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español", en De Lucas Martín, J.F. (Coord.): Europa: Derechos, Culturas. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 71.

<sup>17</sup> Vid. OMS: Mutilación genital femenina. Informe de la Secretaría. 122<sup>a</sup> Reunión Consejo Ejecutivo, Documento núm. EB122/15, 10 de enero de 2008, punto 1; Lewnes, A. (Ed.): Cambiar una convención social perjudicial... ob. cit., p. 10. De hecho, una de las creencias más arraigadas entre las culturas que defienden el mantenimiento de esta práctica es que supone un beneficio para la salud de la mujer; al respecto, Vid. Amnistía Internacional: La mutilación genital femenina... ob. cit., p. 29.

<sup>18</sup> Vid. Amnistía Internacional: La mutilación genital femenina... ob. cit., pp. 13-26, distingue entre efectos perjudiciales de tipo físico, psicológico y sobre la sexualidad; Médicos Mundi: Mutilación Genital Femenina MGF. Información General. Asociación Andaluza de Matronas, S/A; Casajoana Guerrero, M., Caravaca Nieto, E., y Martínez Madrigal, M<sup>a</sup>.I.: "Una visión global..." ob. cit., p. 79; Gallego Álvarez, M<sup>a</sup>.A., y López, M<sup>a</sup>.J.: "Mutilación genital femenina. Revisión..." ob. cit., pp. 148-149; quienes distinguen complicaciones en la salud de la mujer a corto plazo (hemorragia, infección y sepsis, oliguria, lesiones de los tejidos cercanos (uretra, vagina, perineo y/o recto), dolor muy intenso, shock (muerte, bien por el dolor o por shock hipovolémico), anemia, ansiedad y terror) y a largo plazo, tanto físicas como psicológicas; por otra parte, Jiménez Ruiz, I., Almansa Martínez, P., Pastor Bravo, MM., y Pina Roche, F.: "Aproximación a la Ablación/Mutilación Genital Femenina..." ob. cit., pp. 402-408., clasifican las consecuencias en la salud de las mujeres en Físicas (inmediatas y largo plazo), Obstétrico-ginecológicas, Psicosociales, y Sexuales; Kaplan Marcusán, A., y Martínez Bueno, C. (Coords.): Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales. Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona, 2004, pp. 17-19, las dividen en consecuencias inmediatas, consecuencias a medio y largo plazo (complicaciones generales, complicaciones obstétricas, sexuales y ginecológicas); Kaplan Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: "Mutilación genital femenina", en VV.AA.: Persecución por motivos de género y derecho de asilo: del contexto global al compromiso local. El sistema de asilo español frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. CEAR, Bilbao, 2009, pp. 65 y 66, distinguen diferentes consecuencias para la salud en cada una de las tipologías de la MGF; Ramírez Crespo, M<sup>a</sup>.V., y Carmona Rubio, A.B. (Coord.): La MGF en España. Prevención e intervención. UNAF, Gráficas JMG, Zaragoza, 2011, pp. 18-20.

Por estas razones, la ablación ha merecido el rechazo de la comunidad internacional por considerarla una violación de los derechos humanos. Tanto es así, que ha sido considerada una de las denominadas *costumbres o tradiciones culturales perjudiciales* más extendidas a nivel internacional. Consecuentemente con este planteamiento, a través de diferentes instrumentos normativos e instituciones de Derecho internacional, se ha instado a los Estados en los que se localice su práctica a desarrollar una normativa que prevenga y prohíba la MGF<sup>19</sup>. De este argumento deviene la primera de las cuestiones a tratar en este estudio, esto es, el conflicto entre el derecho a la cultura y la libertad religiosa de los pueblos que llevan a cabo esta clase de intervenciones y la potestad de castigar del Estado mediante su herramienta más gravosa para los derechos fundamentales: el Derecho penal.

A partir de aquí, son varias las cuestiones a tratar en el presente estudio, que tiene por objetivo realizar un análisis de nuestra legislación y jurisprudencia penal relativas al tratamiento de la MGF.

Será necesario, en primer lugar, realizar un somero análisis de la normativa internacional que versa sobre esta clase de prácticas y que informa nuestro ordenamiento penal, a nivel internacional y europeo. En segundo lugar, será imperativo entrar en profundidad en la problemática que rodea a la intervención jurídico-penal en materia de MGF, en la que deberán valorarse cuestiones fundamentales como el respeto a la libertad ideológica, de conciencia y religiosa de las comunidades que la practican en el marco del multiculturalismo. Finalmente, se aborda la exegesis de la normativa penal que castiga la MGF en nuestro ordenamiento jurídico (art. 149.2 CP) y su aplicación por parte de nuestros Tribunales.

## 2. PROBLEMÁTICA Y TRATAMIENTO DE LA ABLACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y EUROPEO

El tratamiento de la MGF como problema jurídico a nivel internacional es relativamente reciente, comenzando a incluirse en las normativas internacionales en las postrimerías de los años '70 del siglo pasado<sup>20</sup>. La principal

<sup>19</sup> Vid. OMS: Mutilación genital femenina. Informe de la Secretaría. 122ª Reunión Consejo Ejecutivo, Documento núm. EB122/15, 10 de enero de 2008, punto 10.

<sup>20</sup> Con anterioridad, prácticamente ninguna normativa de carácter internacional o nacional había tratado la cuestión, "en los Estados coloniales -explica Facchi- la existencia de esta costumbre fue normalmente ignorada por los gobiernos coloniales, también debido a la dificultad objetiva para recabar de información. Los misioneros católicos hicieron algunos intentos de desalentarla, pero al no obtener resultado, renunciaron a ello. Una disposición francesa de 1927 que prohibía las mutilaciones en África ecuatorial fue igualmente ineficaz, como también lo fue otra norma inglesa de 1947 que prohibía la infibulación en Sudán. A partir de los años 50, la cuestión de la escisión empezó a ser llevada ante los organismos internacionales"; Cfr. Facchi, A.: "Mutilaciones

razón para la inhibición de los principales organismos supranacionales a la hora de realizar un estudio sobre los efectos perjudiciales de la MGF eran, precisamente, las razones socio-culturales y religiosas en las que se amparaba esta costumbre.

Sin embargo, la movilización de algunas asociaciones como la Comisión Internacional para la Erradicación de las Mutilaciones Sexuales (CAMS), o la Organización de Mujeres Somalíes (SWDO), condujo a la concienciación sobre estas prácticas, forzando la actuación de los organismos internacionales. En este sentido, tal y como afirma ROPERÓ CARRASCO, han sido las instituciones de la ONU (Fondo Mundial de Población), las organizaciones internacionales (UNICEF, OMS), y algunas ONG (Médicos Mundi, Amnistía Internacional) las que han llevado la iniciativa en la denuncia de la MGF<sup>21</sup>, instando a los Estados y a los organismos supranacionales para que adopten medidas jurídicas que contribuyan a erradicar estas tradiciones perjudiciales<sup>22</sup>.

En concreto, siguiendo a KAPLÁN MARCUSÁN, podemos indicar que la comunidad internacional se ha pronunciado en sus foros, convenciones y declaraciones sobre la MGF fundamentalmente desde tres dimensiones de ámbito jurídico: los derechos humanos, los derechos de la mujer, y los derechos del niño/a<sup>23</sup>.

En primer lugar, parece indudable el consenso a nivel doctrinal e internacional a la hora de considerar la MGF como un atentado contra los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas. Particularmente, la escisión del clítoris vulneraría algunos derechos inherentes a toda persona como la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad, salud, a la no discriminación por razón de sexo, el derecho al libre desarrollo y disfrute de la sexualidad y de la experiencia de la maternidad<sup>24</sup>. A tales derechos debemos sumar la vulneración del supe-

genitales femeninas...” ob. cit., pp. 149 y 150. Sin embargo, “las primeras iniciativas de las Naciones Unidas para colocar esta práctica en la agenda internacional se remontan a principios de los 50, cuando el tema fue tratado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En 1958, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas invitó a la Organización Mundial de la Salud a emprender un estudio sobre la persistencia de costumbres que someten a las niñas a operaciones rituales. Aunque estas iniciativas fueron importantes para llamar la atención internacional sobre el tema, su impacto siguió siendo muy limitado. Los 60 y los 70 estuvieron marcados por una sensibilización cada vez mayor sobre los derechos de las mujeres en muchos lugares del mundo y las organizaciones de mujeres empezaron a liderar campañas para suscitar una mayor concienciación sobre los efectos perjudiciales de la MGF para la salud de las niñas y las mujeres”; Cfr. Marchal Escalona, N.: “Mutilación genital femenina y violencia...” ob. cit., p. 2181.

<sup>21</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., pp. 57 y 58.

<sup>22</sup> Vid. Roperó Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1395.

<sup>23</sup> Cfr. Kaplán Marcusán, A.: “Mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 212.

<sup>24</sup> Vid. Roperó Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1394; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., p. 31; de la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1481; Marchal Escalona, N.:

rior interés y protección de las menores de edad que sufren la ablación, que se consagra como una protección especial sustentada por la Convención de los Derechos del Niño<sup>25</sup>. Desde esta perspectiva general, será imposible orillar los principales instrumentos de protección de los derechos humanos a la hora de abordar la cuestión de la prevención y persecución de la ablación en la legislación internacional<sup>26</sup>: la Carta de Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>27</sup>; los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>28</sup>; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>29</sup>, Convención de los Derechos del Niño<sup>30</sup>, etc.

Sin embargo, para nuestro objeto de estudio, será necesario entrar a conocer en particular algunas normativas que condenan de forma concreta la MGF. Así, la *Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979*<sup>31</sup>, obliga a todos los Estados a tomar todas las medidas necesarias para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que reflejen una desigualdad entre los sexos basada en la idea de inferioridad o superioridad, o constituyan una forma extrema de discriminación de la mujer (arts. 2 y 5.a).

Además de ello, se crea el *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* (art. 17 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*), que ha publicado la Recomendación General n° 14 (1990)<sup>32</sup> en la que se solicita a los Estados parte que adopten medidas apropiadas para la erradicación de la mutilación genital femenina. Asimismo, en el mismo informe, se recomienda como medida a adoptar por parte de los Estados, el facilitar a los dirigentes religiosos y comunitarios en todos los niveles, los medios de difusión y las artes para que contri-

<sup>24</sup> "Mutilación genital femenina y violencia..." ob. cit., p. 2180.

<sup>25</sup> Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: Las mutilaciones genitales femeninas: la respuesta del Derecho. Informe GIE, octubre 2002, pp. 16 y 17; las mismas autoras: "Las mutilaciones genitales en España..." ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>26</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., pp. 33 y 34.

<sup>27</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

<sup>28</sup> Adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>29</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

<sup>30</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>31</sup> Resolución de la Asamblea General 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

<sup>32</sup> Vid. <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom14>> (26/10/2013).

buyan a modificar el modo de pensar respecto de la erradicación de la circuncisión femenina<sup>33</sup>.

Otra de las resoluciones del Comité en las que se condena expresamente la práctica de la MGF es la Recomendación nº 19 (1992), sobre violencia contra la mujer, en la que se establece 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”*. Por otra parte, también se indica que la ablación supone una práctica que atenta contra la integridad física de la mujer, señalándose que *“en algunos Estados existen prácticas perpetuadas por la cultura y la tradición que son perjudiciales para la salud de las mujeres y los niños. Incluyen restricciones dietéticas para las mujeres embarazadas, la preferencia por los hijos varones y la circuncisión femenina o mutilación genital”*. Como puede observarse, a partir de esta declaración se realiza una asociación entre la MGF y la denominada violencia de género. Esta cuestión entronca con los problemas para encuadrar la ablación como violencia de género, violencia doméstica o, simplemente, delito de lesiones contra la integridad física de la mujer (véase el epígrafe cuarto).

La Recomendación general nº 24 (1999) del Comité sobre Mujer y Salud recomienda la *“promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíban la mutilación genital de la mujer”*. Nótese el cambio en la terminología empleada, que pasa de ser *“circuncisión femenina”*, en clara analogía a la intervención en los genitales masculinos, a ser considerada solamente como MGF, producto de la evolución conceptual del término.

<sup>33</sup> Como expone Asua Batarrita, “el tono diplomático del texto viene a declarar que es un importante avance el mero hecho de “reconocer” el carácter perjudicial de tales prácticas. Ciertamente, el efectivo rechazo de tales prácticas requiere en primer lugar el reconocimiento de su inconveniencia por parte de las poblaciones donde se practica. Únicamente el cambio y la asunción, dentro de las mismas culturas tradicionales de la inconveniencia de tales manifestaciones, puede conducir a su eliminación”; Asua Batarrita, A.: “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en *Eguzkilore*, Nº 18, 2004, p. 90.

De forma más general, el Comité de Derechos Humanos<sup>34</sup> se ha pronunciado también sobre el tema de la MGF en varias de sus observaciones finales, en las que ha calificado esta práctica como una violación del art. 6 (el derecho a la vida) y el art. 7 (tratos crueles, inhumanos o degradantes) de la DUDH. El Comité también ha considerado a la MGF como un acto de discriminación contra la mujer de acuerdo con el art. 3 y con la discriminación de las niñas de acuerdo con el art. 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En similares términos se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su Observación General n° 14 (2000), acerca del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, realiza un llamamiento a los Estados miembros con el fin de “*adoptar medidas eficaces y apropiadas para abolir las prácticas tradicionales nocivas que afectan la salud de las y los niños, en especial de las niñas*”, entre las que figura la MGF. Asimismo, se hace especial mención a la necesidad de “*proteger a la mujer de las prácticas y normas culturales tradicionales nocivas que le niegan sus derechos reproductivos*”. Posteriormente, en la Observación General n° 16 (2005), sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, se volverá a incidir en esta cuestión, al considerar necesaria la prohibición de la MGF por ser un claro obstáculo para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres.

En el ámbito de los menores de edad, el Comité de los Derechos del Niño también ha confeccionado varios informes que recogen algunas declaraciones tendentes a la persecución de la MGF practicada en las menores de edad. Así, la Observación General n° 4 (2003), sobre salud y desarrollo de los adolescentes destaca la obligación de los Estados Parte de proteger a las menores de todas las prácticas tradicionales nocivas, incluida la MGF. Por otra parte, la Observación General n° 7 (2005), acerca de la realización de los derechos del niño en la primera infancia enmarca el tema de la MGF y otras prácticas tradicionales nocivas en el contexto de la discriminación.

Especialmente importante es la mención de la *Resolución 36/55, de 25 de noviembre de 1981, sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones*, que si bien consagra a nivel internacional el derecho de libertad religiosa (art.1) y no discriminación por motivos religiosos (art. 2), también advierte (art. 5.5) que “*la práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral*”. Finalmente, debemos tener en cuenta que en su art. 8 la citada Resolución indica que nada de lo dispuesto en ella “*se entenderá en el sentido de que restrinja o derogue*

<sup>34</sup> Vid. Observación General n° 28, sobre Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68ª Sesión de 2000, Doc. de la CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

*ninguno de los derechos definidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos internacionales de derechos humanos”.*

Otro paso fundamental en la condena de la MGF a nivel internacional fue la celebración de la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995*, en la que se elaboró un Plan de acción<sup>35</sup> para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño, a raíz del cual se promulgan diversas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que manifiestan que la MGF constituye una de las formas más graves de violencia contra la mujer y es atentatoria contra sus derechos fundamentales<sup>36</sup>.

La *Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993*<sup>37</sup>, incluye la MGF dentro de los márgenes de la violencia de género (art. 2.a) e impide a los Estados invocar cualquier costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminar la violencia contra la mujer (art. 4).

Por último, dentro del marco internacional universal y en el ámbito particular de las menores de edad, es preciso citar las *Resoluciones de la Asamblea General sobre la Niña: Resolución 52/106, de 11 de febrero de 1998*, que también recoge la MGF entre las formas de violencia y prácticas tradicionales perjudiciales e insta a todos los Estados a que promulguen y apliquen leyes que protejan a las niñas de todas las formas de violencia, con inclusión de la práctica de la ablación; así como la *Resolución General 54/148, de 25 de febrero de 2000*; la *Resolución 55/78, de 16 de febrero de 2001*; y la *Resolución 56/139, de 26 de febrero de 2002*, que mantienen la misma línea de exigencia.

<sup>35</sup> Vid. Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>.: “Los derechos de la mujer y la cultura...” ob. cit., p. 244.

<sup>36</sup> Vid. Resolución 1999/13 de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, sobre las prácticas tradicionales que afectan a la salud de la mujer y el niño, que elabora el Plan de Acción para la Eliminación de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales para la Salud de la Mujer y el Niño. El Plan se comienza a desarrollar con la Resolución de la Asamblea General 52/1999, de 9 de febrero de 1998 (aprobada sobre la base del Informe de la tercera Comisión A/52/637), sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer y de la Niña, en la que se pide expresamente (art. 3.a) que se tomen medidas legislativas que prohíban la práctica de la ablación (art. 3.e). En esta misma línea de actuación se promulgan la Resolución de la Asamblea General 54/133, de 7 de febrero de 2000, sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer y de la Niña, en la que se reafirma que la MGF supone una forma de violencia contra la mujer y una grave vulneración de los derechos humanos; y la Resolución de la Asamblea General 56/128, de 30 de enero de 2002 que continúa con la misma línea que exige a los Estados una legislación prohibitiva sobre la materia; Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., pp. 41-44; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1481 y nota al pie n<sup>o</sup> 3; García García Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., pp. 46 y 47.

<sup>37</sup> Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

En definitiva, como señalan claramente KAPLÁN MARCUSÁN y BEDOYA MURIEL, “podríamos plantear una doble implicación de la comunidad internacional en la erradicación de la práctica de las MGF. Por un lado estaría el derecho de las niñas y las mujeres de “abandonar” éstas prácticas y por otro, la obligación de los Estados en donde aún se práctica, de prevenirlas y erradicarlas con base a la DUDH y en el cumplimiento de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”<sup>38</sup>.

Por otra parte, como se advertía en la introducción de este estudio, los movimientos de población entre países de diferentes culturas han llevado a exportar la práctica de la MGF a países de entorno europeo<sup>39</sup> (Gran Bretaña, Holanda, Noruega, Suecia, Dinamarca, Francia, Italia, Alemania, España, etc.). Por esta razón, y teniendo en cuenta que la ablación se considera como un ataque frontal contra los derechos fundamentales de la mujer, reconocidos también en el ámbito supranacional comunitario<sup>40</sup>, la Unión Europea (UE) ha

<sup>38</sup> Cfr. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: Las mutilaciones genitales femeninas: la respuesta... ob. cit., p. 15; las mismas autoras: “Las mutilaciones genitales en España...” ob. cit., p. 41.

<sup>39</sup> Entre los Estados que recogen expresamente en su legislación el delito de MGF, pueden citarse los siguientes: Alemania, Reino Unido, Bélgica, Austria, Dinamarca, Países Bajos, Suecia, Francia, Italia, Noruega, Suiza, Portugal y España; para consultar una síntesis de sus normativas, Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles... ob. cit., pp. 60-64; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., pp. 1482 y 1483; asimismo, García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., pp. 52 y 53; La Barbera, M<sup>a</sup>.C.: “Inmigración, hipertrofia del derecho penal y fronteras simbólicas. Un análisis comparado de la legislación europea sobre “mutilación genital femenina”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, N<sup>o</sup>. 8, 2011, versión online. En concreto, sobre los procesos penales y la normativa Francesa, Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., pp. 155 y ss.; acerca de las disposiciones italianas sobre la MGF, de la misma autora: “El diseño de las leyes sobre la MGF en Italia y la importancia de las distinciones”, en De Lucas Martín, J.F. (Coord.): *Europa: Derechos. Culturas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 87-101; y también, Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. LXII, 2009, pp. 519-539. Acerca de la legislación de Suecia, Johnsdotter, S.: *The FGM Legislation Implemented: Experiences from Sweden*. Malmö University, Malmö, 2009, pp. 1-12. Sobre las legislaciones francesa, inglesa e Italiana, Vid. La Barbera, M<sup>a</sup>.C.: “Mujeres, migración y Derecho penal: el trato jurídico de la mutilación genital femenina”, en *Sortuz, Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, Vol. 4, Issue 1, 2010, pp. 41-53. Dentro de las diferentes legislaciones sobre MGF de los Estados europeos se distinguen tres modalidades: países que han promulgado leyes especiales sobre la ablación (Reino Unido, Suecia y Noruega); países que han incluido la escisión como un delito especial dentro de sus ordenamientos jurídico-penales y Códigos Penales (España y Dinamarca); y, por último, aquéllos que han preferido ampararse en leyes penales generales y suele ser jurídicamente hablando de trato similar a un atentado contra la integridad física y moral de la persona y más en concreto aun como delito de lesión (Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Holanda y Suiza); Vid. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., p. 167; Sequi, A.: “Marco legal en la lucha...” ob. cit., p. 143.

<sup>40</sup> Entre ellos, es preceptivo citar: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

promulgado una serie de medidas y resoluciones que tienen por objeto la prevención y castigo de la escisión ritual del clítoris.

La primera de las normativas comunitarias sobre esta temática es la *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 1986, sobre agresiones a la Mujer*<sup>41</sup> que, al igual que algunas de las resoluciones internacionales anteriormente citadas, encuadra la práctica de la ablación como una forma de violencia de género, y en su art. 47 “*lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica*”.

Por otra parte, el Parlamento Europeo en su *Resolución de 10 de septiembre de 1997 sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres en Egipto*<sup>42</sup>, considera la MGF como una forma de violencia masculina contra las mujeres (considerando C). Sin embargo, la trascendencia de esta resolución se encuentra en la declaración de esta clase de prácticas como delictivas (considerando V), incluso por encima de las consideraciones culturales o religiosas que se asocian a ellas.

Pero quizás la normativa comunitaria que más concretamente ha tratado la temática de la MGF<sup>43</sup> sea la *Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mutilaciones Genitales Femeninas, de 20 de septiembre de 2001*<sup>44</sup>. En la citada disposición encontramos una condena expresa del Parlamento Europeo a la práctica de la ablación (art. 1), que provoca graves consecuencias para la salud de la mujer y la niña (considerando E) y supone la vulneración de sus derechos fundamentales (considerando I), insistiendo en que cualquier MGF, “*en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que 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 justificarse por el respeto a tradiciones culturales de diversa índole o por ceremonias iniciáticas*” (considerando F).

Nótese que, como viene siendo habitual dentro del ámbito supranacional, se considera que la MGF es un ilícito exclusivamente contra la mujer, esto es,

---

Fundamentales; y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

<sup>41</sup> DOCE, Serie C, n° 176, pp. 73 y ss.

<sup>42</sup> DOCE, Serie B, 4-0655/1997, pp. 55 y ss.

<sup>43</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles... ob. cit., p. 46; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1482.

<sup>44</sup> DO C 77 E de 28, de marzo de 2002, p. 126.

encorsetado dentro de los delitos pertenecientes a la categoría de violencia de género o intrafamiliar<sup>45</sup>. Sin embargo, la citada Resolución de 2001 fue promulgada a propuesta de la *Resolución, de 26 de febrero de 2001*, presentada por MAURIZIO TURCO y otros, donde se exhorta al Parlamento Europeo a considerar la MGF como un delito contra la integridad física de las personas<sup>46</sup>.

Para justificar el rechazo a esta clase de prácticas a pesar de su vinculación a una determinada doctrina religiosa, la Resolución considera, en su apartado G, 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”*. En definitiva, del mismo modo que aseguraban las declaraciones internacionales antes citadas, el Parlamento considera *“que las razones aducidas por numerosas comunidades en favor del mantenimiento de prácticas tradicionales nocivas para la salud de mujeres y niñas no tienen base científica ni origen o justificación de carácter religioso”* (art. 5).

Se incide nuevamente en la tipificación de la MGF como un hecho delictivo (art. 11), independientemente de que se haya otorgado o no algún tipo de consentimiento por parte de la mujer afectada, así como que se castigue 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. Asimismo, se exhorta a los Estados miembro a que persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de MGF, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito).

Finalmente, se reitera la imposibilidad de justificar esta clase de prácticas con motivos de índole cultural o religiosa, considerándose que *“la prohibición del acto tradicional no se concibe en modo alguno como una agresión cultural, sino que constituye una protección jurídica de las mujeres y las niñas; debe informarse a las familias de las consecuencias penales, que pueden suponer una pena de prisión, si se comprueba la mutilación”*.

En esta misma línea se posiciona la *Resolución del Parlamento, de 25 de octubre de 2001, sobre las Mujeres y el Fundamentalismo*<sup>47</sup>, en cuyo apartado

<sup>45</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., p. 48.

<sup>46</sup> Vid. Resolución, de 26 de febrero de 2001, sobre Mutilaciones Genitales Femeninas, n° de Documento B5-0686/2000, punto a).

<sup>47</sup> DOUE C 47/E410, de 13 de marzo de 2002, documento n° A5-0365/2001.

V se denuncia la utilización de prácticas de carácter cultural y religioso que permitan la práctica de la escisión. Concretamente, en su considerando segundo se expone que ningún movimiento religioso puede estar por encima del respeto a los derechos humanos fundamentales, por lo que –como se recoge en el considerando tercero de la citada resolución– la defensa de los derechos de la mujer implica la imposibilidad de aplicar prácticas opuestas a ellos, sin que puedan justificarse en ningún caso por motivos religiosos. Por otra parte, al igual que otras normativas que han tratado la cuestión a nivel internacional y comunitario, la normativa insta a los Estados a desarrollar una legislación contra cualquier práctica que ponga en peligro la integridad física y psíquica de las mujeres, como la ablación del clítoris (núm. 31).

A raíz de las disposiciones anteriormente citadas, se promulgó la *Decisión del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por el que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo*<sup>48</sup> (Programa DAPHNE II), que tiene por objetivo prevenir y combatir todas las formas de violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (arts. 1 y 2).

El siguiente documento emanado en el seno de la UE que se ocupa de la ablación es la *Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2006, sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones*<sup>49</sup>. En su redacción parece mostrarse una postura más prudente a la hora de encajar la MGF, dentro de una forma de violencia contra la mujer<sup>50</sup>, matizando que tales tipos delictivos pueden variar en función de las tradiciones culturales y el origen étnico y social. No obstante, la disposición reitera la condena a esta clase de prácticas, instando a los Estados miembros a que no acepten ninguna referencia a prácticas culturales como circunstancia atenuante en casos de violencia contra mujeres, entre ellos, la ablación (art. 3.a).

Por último, el citado documento dedica varios párrafos a la cuestión de la MGF donde se pide expresamente a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para poner fin a esta clase de prácticas rituales. En concreto, la disposición hace hincapié en la necesidad de establecer programas de prevención e información, así como medidas de carácter penal para aquellos que la continúen practicando dentro de las fronteras comunitarias (art. 9).

<sup>48</sup> DOUE L 143/1, de 30 de abril de 2004, Decisión nº 803/2004/CE.

<sup>49</sup> Documento nº 2004/2220 (INI), de 2 de febrero de 2006.

<sup>50</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., p. 49.

Se insta a los Estados a desarrollar legislaciones específicas en materia de MGF (art. 11) y, particularmente, a tipificar la escisión del clítoris como acto ilegal de violencia contra las mujeres que constituye una grave agresión contra su integridad física, y con independencia de dónde o en qué país se lleve a cabo dicho acto, contra ciudadanas de la UE o mujeres residentes en su territorio, sea siempre considerado ilegal (art. 10). En todo momento, se considerará responsable penalmente a los padres en los casos en que la mutilación genital femenina se practique a menores de edad (art. 13). Se establece también la previsión de una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión para aquellos médicos que practiquen la MGF de mujeres jóvenes y de niñas (art. 12).

El más reciente documento<sup>51</sup> a nivel europeo que versa en exclusiva sobre la ablación es la *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE*<sup>52</sup>, que recoge en sus considerandos las conclusiones de las anteriores normativas y define la MGF como un “delito grave” consistente en la “violación de la integridad física y personalidad” de las mujeres y las niñas (art. 1). Asimismo, el documento insiste en el establecimiento de varias medidas de prevención tales como campañas informativas y educativas (art. 5) o medidas de carácter médico, debiéndose someter a las mujeres y niñas a quienes se conceda asilo en la UE a exámenes médicos regulares efectuados por las autoridades sanitarias o por médicos de los Estados miembros, sin que estas revisiones sanitarias puedan significar discriminación alguna, sino una manera de erradicar la MGF de la UE (art. 4).

Desde el punto de vista estrictamente penal se trata del documento comunitario más completo: se solicita a los Estados miembros que apliquen las leyes vigentes en materia de MGF, o que impongan penas que sancionen las graves lesiones corporales resultantes, si estas prácticas se han realizado en la UE (art. 20); que adopten disposiciones jurídicas específicas sobre la MGF o que, en el marco de sus legislaciones en vigor, persigan a toda persona que practique mutilaciones genitales (art. 22); y, por último, pide a los Estados miembros que consideren como delito cualquier MGF, independientemente de que la mujer afectada haya otorgado o no algún tipo de consentimiento, así

<sup>51</sup> Téngase también en cuenta la *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”*, en cuyo numeral 42 se reitera la repulsa hacia la MGF como vulneración de los derechos de las niñas, instando a los Estados a tomar medidas de carácter penal (art. 44) con el fin de erradicar su práctica en las menores de edad.

<sup>52</sup> DOUE C 117 E/52, de 24 de marzo de 2009; Vid. Pérez Vaquero, C.: “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, en *Noticias Jurídicas*, diciembre 2011, <<http://noticias.juridicas.com/articulos/>> (27/10/2013).

como que se castigue 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; persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de MGF, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito); aprueben medidas legislativas que otorguen a los jueces o fiscales la posibilidad de adoptar medidas cautelares y preventivas si tienen conocimiento de casos de mujeres o niñas en situación de riesgo de ser mutiladas (art. 28).

De hecho, si por algo destaca la Resolución de 2009 es por el pleno rechazo y condena de todas las tipologías de MGF, independientemente de cualquier justificación por motivos culturales o religiosos. Incluso algunos métodos simbólicos como la “*punción alternativa*”, y cualquier otro tipo de medicación que se proponga como solución de mediación entre la circuncisión femenina y el respeto de las tradiciones identitarias, es rechazada por el Parlamento Europeo “*ya que no haría sino justificar y aceptar la práctica de las mutilaciones genitales femeninas en el territorio de la UE; reitera su absoluta y firme condena de la MGF, dado que no hay ninguna razón social, económica, étnica, sanitaria ni de otro tipo que pueda justificarla*” (art. 25). Más aún, en su numeral 27, el documento afirma que “*las razones aducidas por numerosas comunidades en favor del mantenimiento de prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de mujeres y niñas carecen de justificación*”, incluyendo aquellas de índole religioso.

En un marco más amplio, aunque también sectorial europeo, cabe destacar la *Recomendación N°R (2002)5, de 30 de abril de 2002, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la protección de las mujeres contra la violencia*<sup>53</sup>. Curiosamente, el Consejo de Europa se desmarca de la tipificación de la MGF como delito contra la integridad física, enmarcándola dentro de la violencia de género y, más concretamente, aunque no se trate de conceptos análogos, en el ámbito de la violencia doméstica o intrafamiliar (núm. 1.a). Además de ello, la recomendación propone la adopción de ciertas medidas específicas para combatir la práctica de la ablación (núms. 62-67), tales como: penalizar cualquier mutilación de los órganos genitales de una mujer o una niña, con o sin su consentimiento; castigar a cualquier persona que haya participado, facilitado o promovido deliberadamente cualquier forma de mutilación genital femenina, con o sin consentimiento de la afectada; tales actos serán punibles aunque se hayan realizado sólo parcialmente; organizar campañas de información y prevención dirigidas a los grupos de población afectados, de forma especial inmigrantes y refugiados, acerca de

<sup>53</sup> Adoptada por el Comité de Ministros el 30 de abril de 2002, en la 794ª reunión de delegados ministeriales.

los riesgos sanitarios para las víctimas y las penas legales para los autores de dichos actos; alertar a los profesionales médicos, en particular, a los doctores responsables de las consultas prenatales y post-parto y a los pediatras; hacer posible el cierre o refuerzo de acuerdos bilaterales relativos a la prevención y prohibición de la mutilación genital femenina y a la persecución de los autores de tales actos; considerar la posibilidad de garantizar protección especial a estas mujeres como grupo amenazado por razones de género.

Al consolidarse la MGF como un fenómeno a escala internacional, la preocupación por su persecución y condena se ha extendido también a otros sectores regionales supranacionales que no deben obviarse en este estudio. Es el caso del ámbito iberoamericano<sup>54</sup>, y de las normas emanadas por la Organización de Estados Americanos (OEA), entre las que destacan:

1. La *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, de 14 de agosto de 1995*, en cuyo art. 1 se ofrece una definición amplia de violencia contra la mujer en la que quedaría englobada la MGF indicándose, además, que será obligación de los Estados miembro el “*tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes o reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respaldan la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*” (art. 7.e). Además, del mismo modo que ocurre en las normativas internacional y europea, se garantiza la protección y el derecho de asilo de la mujer inmigrante independientemente de su etnia o credo religioso (art. 9).

2. El establecimiento de la *Comisión Interamericana de Mujeres*<sup>55</sup> (CIM), organismo supranacional encargado de garantizar el respeto y observancia a los derechos fundamentales de la mujer y la niña, que también se ocupa de promover la adopción o adecuación de medidas de carácter legislativo necesarias para eliminar toda forma de discriminación contra las mujeres. Bajo el auspicio de la CIM se han publicado algunas recomendaciones<sup>56</sup> que ponen en

<sup>54</sup> La práctica de la MGF también se ha extendido a algunos lugares de Latinoamérica, Vid. Roper Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1393. Acerca del tratamiento penal de las legislaciones de los principales países hispanoamericanos (Argentina, Cuba, Chile, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico), Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., pp. 50 y 51.

<sup>55</sup> <<http://www.oas.org/es/cim/>> (27/10/2013).

<sup>56</sup> Todas ellas pueden ser consultadas en la página web de la CIM: “Towards Justice with Gender” Recommendations for Integrating a Gender Perspective into the Programs and Policies of the Ministries of Justice or Ministries or Offices of Attorneys General of the Americas with Competence in this Area; Lines of Action for Incorporating the Gender Perspective into the Programs and Policies of Justice Ministries or Offices of Attorneys General of the Americas: Progress and proposals; & Mainstreaming a Gender Perspective into the Programs and Policies of Ministries of Justice or Offices of Attorneys General, Washington, D.C., July 30-31, 2002.

relación el género y la administración de justicia penal que, si bien no recogen expresamente la ablación, se configuran como la principal orientación político-criminal de la legislación penal en materia de violencia contra la mujer.

También en la región africana, zona geográfica donde más se practica la MGF<sup>57</sup>, se han confeccionado instrumentos legislativos relevantes<sup>58</sup> como la *Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, aprobado en 1990 por la Organización de la Unidad Africana* que, pese a no contener ningún precepto concreto sobre la ablación, rechaza cualquier costumbre, tradición, práctica religiosa o cultural que sea incompatible con los derechos, deberes y obligaciones contenidas en ella (art. 1). Más aún, se insta a los Estados Parte a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar las prácticas sociales y culturales perjudiciales que afecten el bienestar, la dignidad, el desarrollo normal y el crecimiento del niño, y en especial (art. 21): aquellas costumbres y prácticas perjudiciales para la salud y la vida del niño; aquellas costumbres y prácticas discriminatorias para el niño por razones de sexo o de otra índole.

Especialmente importante en el contexto africano fue la promulgación del *Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres, de 11 de julio de 2003* (Protocolo de Maputo), en el que se impulsa “*la prohibición, a través de medidas legislativas con el respaldo de sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, escarificación, medicalización y para-medicalización de la mutilación genital femenina y otras prácticas con el fin de erradicarlas*” (art. 5). Se trata de una de las principales herramientas que han permitido el trabajo de las organizaciones africanas para el abandono de la MGF<sup>59</sup>.

No obstante, a pesar de que muchos países africanos ya cuentan con normativas jurídico-penales que condenan la práctica de la ablación<sup>60</sup>, lo cierto es que la mayor parte de ellas ha sido inaplicada o ignorada en numerosas ocasiones<sup>61</sup>, por lo que la problemática de la MGF se mantiene vigente en estos Estados.

<sup>57</sup> Vid. Amnistía Internacional: *La mutilación genital femenina...* ob. cit., pp. 68 y ss., para consultar los porcentajes.

<sup>58</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., p. 49. Como normativa principal de reconocimiento de los derechos humanos fundamentales a nivel supranacional africano, debemos tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 4 y 5 de la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

<sup>59</sup> Vid. Sequi, A.: “El marco legal en la lucha...” ob. cit., p. 143.

<sup>60</sup> Así, Burkina Faso, Costa de Marfil, Togo, Ghana, Senegal, Egipto, República Centroafricana, Yibuti, Tanzania, Guinea-Conakry, Níger, Kenia y Sudán.

<sup>61</sup> Vid. Marchal Escalona, N.: “Mutilación genital femenina y violencia...” ob. cit., p. 2182; Adam Muñoz, M.ª D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1487. Sin embargo, tal y como expone Ana Sequi, basándonos en las estadísticas, se puede apreciar un descenso de esta práctica en países africanos donde se ha aprobado una ley específica para proteger a las mujeres

Para concluir este apartado, merece una especial mención la aprobación de la *Declaración de Rabat* en 2005<sup>62</sup>, dentro del ámbito regional de los Estados Musulmanes, en la que se condena la MGF como práctica contraria al Islam, acabando así con la idea de que la práctica de la ablación tiene su defensa en la doctrina religiosa del Corán.

### 3. DERECHO PENAL Y MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA LEGISLACIÓN PENAL SOBRE LA ABLACIÓN

Como ya se ha indicado *supra*, uno de las principales dificultades a la hora de tipificar la MGF como hecho delictivo es su intersección con la cultura y, en concreto, con el derecho de libertad religiosa de aquellos que la practican<sup>63</sup>. Se trata, en suma, de una **problemática de carácter sustantivo** que enfrenta la necesidad de protección penal de determinados bienes jurídicos y el respeto a determinadas convicciones culturales, tradicionales o religiosas que conforman un derecho internacional y constitucionalmente reconocido. Tal conflictividad dará lugar, a su vez, a otros **problemas de carácter procesal** (persecución y competencia) y **criminológico o penológico** (idoneidad del Derecho penal para frenar esta clase de prácticas y castigarlas, criminalización de determinadas conductas de índole cultural, estigmatización de los grupos migrantes, etc.).

Ciertamente, la práctica de la ablación se ha intentado justificar acudiendo a la fe religiosa, aunque la cuestión está lejos de quedar completamente clarificada. Así, la escisión es una costumbre arraigada en numerosas poblaciones con distintos credos, principalmente musulmanas, cristianas y animistas<sup>64</sup>. De este modo, la ablación se encuentra a medio camino entre la mera costumbre social o cultural y la obligación religiosa.

---

y niñas contra la MGF, o se aplica el Código Penal, con respecto a otros países que no la han aprobado. Acerca de la legislación nacional sobre MGF de estos países africanos, Vid. Sequi, A.: "El marco legal en la lucha..." ob. cit., pp. 153 y ss.

<sup>62</sup> Promulgada con motivo de la celebración de la I Conferencia Islámica para la Infancia, de 7 de noviembre de 2005 hasta el 9 de Noviembre de 2005; Vid. Marchal Escalona, N.: "Mutilación genital femenina y violencia..." ob. cit., p. 2182; Touray, I., y Piniella, Z.: "Mutilación Genital Femenina: Qué, Por qué, Cuándo, Dónde", en Piniella, Z. (Coord.): La erradicación de la Mutilación Genital Femenina Enfoques y perspectivas desde la cooperación internacional para el desarrollo. O'Dam, La Estafeta, Oviedo, 2013, p. 47.

<sup>63</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados. Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 128; la misma autora: "La mutilación genital femenina en Italia..." ob. cit., p. 534; Llabrés Fuster, A.: "El tratamiento de la mutilación genital femenina..." ob. cit., p. 68; Serrano Gómez, A., y Serrano Maíllo, A.: Derecho penal. Parte especial. Ed. 15ª, Dykinson, Madrid, 2010, p. 110; Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, Mª.D., Vázquez González, C.: Curso de Derecho penal. Parte Especial. Dykinson, Madrid, 2012, p. 62, quienes explican que "los motivos de la mutilación genital son múltiples, y a veces son confusos y poco precisos. Se mezclan cuestiones religiosas y culturales así como otras que afectan a la sexualidad".

<sup>64</sup> Vid. Facchi, A.: "Mutilaciones genitales femeninas y derecho..." ob. cit., p. 144.

Ante esta cuestión, pudiera parecer que la consideración como delito de esta clase de prácticas basadas en convicciones religiosas vulneraría el derecho a la libertad de credo de los pueblos. Las cuestiones que se plantean son, por tanto, las siguientes: ¿La ablación se encuentra dentro de los límites del derecho a la libertad religiosa? ¿Su consideración como delito supone una merma en la protección de este derecho de los individuos que la practican? ¿Es la MGF una obligación religiosa?

Nuestra doctrina más autorizada ha dado diversas respuestas a la hora de desvincular la MGF de la consideración de práctica cultural y religiosa admisible. En orden a una mayor sistematización, podríamos clasificar tales argumentos en dos categorías generales:

a) *Razones de índole material o de negación del significado religioso de la MGF*: desligan la ablación de cualquier significado religioso, al ser imposible la determinación de un verdadero trasfondo dogmático tras estas prácticas<sup>65</sup>. Así, se ha indicado que la escisión no es en puridad una práctica de origen islámico, sino que representa una tradición muy anterior. El Corán no recoge la ablación como una obligación religiosa, sino que la mención a la misma se realiza en un *hadith*, o testimonio del profeta (fuente supletoria principal de la doctrina islámica), según la cuál Mahoma habría asistido a la escisión de una menor, recomendando, sin embargo, que el corte no fuera profundo. Por tanto, la fe islámica podría, todo lo más, llegar a acoger esta costumbre en sus modalidades menos lesivas, como una práctica o *sunna* recomendable pero no obligatoria<sup>66</sup>. En definitiva, parece que la consideración de la MGF como una obligación religiosa carece de fundamento sólido y deviene, en realidad, de una interpretación extensiva de la tradición, auspiciada por un integrista reaccionario<sup>67</sup>.

No obstante, como ya he tenido oportunidad de señalar, tras la *Declaración de Rabat* de 2005 la doctrina islámica mayoritaria parece haberse posicionado de forma contraria a la práctica de la ablación, considerando que el Corán no la prescribe sino que, incluso, podría llegar a prohibirla como ocurre con el resto de las mutilaciones y torturas<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1480, quien indica que “esta práctica es milenaria y que no es propia de religión alguna”; en el mismo sentido, Vid. Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>.: “Los derechos de la mujer y la cultura...” ob. cit., p. 242.

<sup>66</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 148; Kaplán Marcusán, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos...” ob. cit., p. 202; Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: “Las mutilaciones genitales en España...” ob. cit., p. 17.

<sup>67</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1394 y nota al pie n<sup>o</sup> 10; Boch Barrera, J.: “La mutilación genital femenina y el aborto: dos dilemas éticos con dos enfoques resolutivos diferentes”, en *Cuadernos de Bioética*, 2<sup>a</sup> Ep., Vol. XVII, 2006, p. 210.

<sup>68</sup> Vid. Médicos Mundi (Andalucía): Mutilación genital femenina... ob. cit., p. 29.

Además de ello, no hay escritos religiosos que prescriban la MGF. Al respecto, expone la OMS, los líderes religiosos adoptan diferentes posiciones con respecto a ablación: algunos la fomentan, otros la consideran irrelevante para la religión, y otros contribuyen a su eliminación.

Por consiguiente, cabe la posibilidad de desvincular de un significado religioso a la MGF que se limitaría a una *costumbre cultural u obligación social* muy arraigada en determinadas comunidades<sup>69</sup>. Algunos autores han llegado a encontrar básicamente razones para su práctica en el control de la sexualidad de la mujer, como sinónimo de sumisión y sometimiento al hombre<sup>70</sup>. Sin embargo, un importante sector ha entendido que esto sería simplificar en exceso la cuestión<sup>71</sup>.

b) *Razones de índole formal o jurídica desde la perspectiva de los derechos humanos*: en palabras de BORJA JIMÉNEZ, “la cuestión puede formularse desde el entendimiento de un conflicto entre el principio de respeto a la diversidad cultural y este otro de la obligada tutela de los derechos humanos universalmente reconocidos”<sup>72</sup>. Desde la perspectiva de la intangibilidad e inviolabilidad de los derechos humanos<sup>73</sup>, se pretende encontrar unos **mínimos necesarios de carácter universal** para establecer como posible la intervención del *Ius Puniendi* en aquellos supuestos en los que una tradición cultural u obligación religiosa es susceptible de vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Por supuesto, a la hora de declarar determinados derechos como intrínsecos de la persona y universalmente reconocidos, no se pasa por alto la cuestión del relativismo de los derechos humanos conforme a determinadas sociedades<sup>74</sup>. Sin embargo, algunos autores han defendido con poderosos argumentos que la universalidad de los derechos humanos tiene preferencia sobre el mantenimiento de aquellas identidades culturales que vulneren los mismos<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 148.

<sup>70</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., p. 29; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., pp. 1480 y 1484; Roper Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1394; Asua Batarrita, A.: “Criminología y multiculturalismo...” ob. cit., p. 86; García Ruíz, Y.: Derecho de asilo y mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género. Fundación Alternativas, Madrid, 2007; Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>.: “Los derechos de la mujer y la cultura...” ob. cit., p. 242.

<sup>71</sup> Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 14.

<sup>72</sup> Cfr. Borja Jiménez, E.: “El fundamento intercultural del Derecho penal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LXII, 2009, p. 287.

<sup>73</sup> Vid. Roper Carrasco, J.: “La relación entre la Teoría de los derechos universales del hombre y el Derecho penal más allá de los crímenes internacionales”, en Cuerva Riezu, A., y Jiménez García, F. (Dir.): Nuevos desafíos del Derecho penal Internacional. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 266; Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad, y Conflicto... ob. cit., p. 145.

<sup>74</sup> Sobre esta cuestión, Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad, y Conflicto... ob. cit., pp. 146-148.

<sup>75</sup> Vid. Fernández, G.E.: “La declaración de 1948 dignidad humana, universalidad de los derechos

Sería, sin embargo, necesario concretar, siquiera desde una perspectiva occidental, qué derechos humanos fundamentales en concreto son siempre preferentes frente a los derechos culturales. Al respecto, se ha indicado que tales postulados básicos del consenso intercultural estarían conformados por el respeto al principio de autodeterminación, de autonomía de la persona o el libre desarrollo de la personalidad. De ellos se derivarían, como íntimamente ligados, el reconocimiento universal del derecho a la vida, a la integridad física, a las libertades de expresión, reunión y asociación y a la seguridad<sup>76</sup>. Por tanto, aunque debe existir cierta flexibilidad a la hora de tolerar determinadas costumbres religiosas y culturales, determinados comportamientos lesivos de este **núcleo inviolable de derechos humanos fundamentales** justifican la actuación del ordenamiento jurídico-penal<sup>77</sup>. Esta clase de conductas se encontrarían fuera de los límites de la tolerancia cultural o religiosa por cuanto suponen violaciones al disfrute general de los derechos humanos<sup>78</sup>. En definitiva, como afirma VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “no toda diversidad ni toda diferencia es éticamente aceptable, ni todo punto de vista cultural tiene en sí el mismo valor ético”<sup>79</sup>. Más aún, “cultura y derecho son dos ámbitos no siempre conectados; un claro ejemplo de esta falta de conexión se da en el ámbito de la MGF”<sup>80</sup>.

Entre esta clase de comportamientos que quedan dentro de la esfera del *principio de intervención mínima*<sup>81</sup> del Derecho penal encontraríamos la MGF pues, como ya se ha apuntado *supra*, en algunas de sus modalidades su práctica supone un grave atentado para el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y la vida de la mujer o la niña<sup>82</sup>. Más aún, se ha llegado a sostener que, si bien es cierto que la intervención del Derecho penal para castigar

---

y multiculturalismo”, en De Lucas Martín, F.J. (Dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 239; siguiendo al autor citado, Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup> H.: “Las mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 38.

<sup>76</sup> Vid. Borja Jiménez, E.: “El fundamento intercultural...” ob. cit., p. 292.

<sup>77</sup> En opinión de Borja Jiménez, a la que me suscribo, esta clase de comportamientos en sus modalidades más lesivas entrarían en la calificación de tratos crueles e inhumanos y, por tanto, violarían el denominado principio de elasticidad, esto es, “ninguna institución jurídica puede incidir tan negativamente en un ser humano, que tras su aplicación este no pueda recuperar su imagen física y su estructura psíquica que disponía con anterioridad a su ejecución”; Cfr. Borja Jiménez, E.: “El fundamento intercultural...” ob. cit., p. 297.

<sup>78</sup> Vid. De Castro Cid, B.: “¿Tiene límites la tolerancia cultural?”, en Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>. (Coord.): *Inmigración, multiculturalismo y Derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 87 y 88.

<sup>79</sup> Cfr. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad, y Conflicto...* ob. cit., p. 142.

<sup>80</sup> Cfr. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en Italia...” ob. cit., p. 538.

<sup>81</sup> Sobre la incidencia de la protección extensiva de los derechos humanos mediante el Derecho penal en el principio de mínima intervención, Vid. Roper Carrasco, J.: “La relación entre la Teoría de los derechos...”, pp. 265 y ss.

<sup>82</sup> Vid. Roper Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1397.

comportamientos que representan costumbres culturalmente aceptadas o, incluso, obligaciones religiosas, puede representar una intromisión en el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa, la inhibición del ordenamiento jurídico penal conduciría a una inaceptable crisis del Estado de Derecho, pues no cabe cuestionar la protección de los bienes jurídicos fundamentales<sup>83</sup>.

Inclusive, a la luz de las diferentes disposiciones de carácter internacional y supranacional (véase el epígrafe segundo), parece posible pensar, basándonos en la necesaria armonización legislativa interna de los Estados firmantes, que existe una clara obligación de legislar –también desde la esfera jurídico-penal– en la búsqueda de la erradicación de la MGF. La respuesta que encontramos en los textos internacionales universales y regionales es clara: la protección de la vida, la salud y la integridad física o psíquica prima sobre cualquier práctica cultural o religiosa. Por esta razón, desde la perspectiva del respeto de los derechos humanos –como expone el autor antes citado–, la MGF, como conducta cultural tolerable, está totalmente excluida<sup>84</sup>.

Particularmente en el caso de España, y desde la perspectiva de los *principios de intervención mínima y lesividad –exclusiva protección de bienes jurídicos–* que informan nuestro ordenamiento jurídico-penal, aquellas manifestaciones religiosas o culturales que vulneren estos derechos fundamentales mínimos garantizados constitucionalmente podrán ser consideradas un ilícito penal<sup>85</sup>. Las libertades ideológicas, religiosa y de culto se encuentran recogidas en el art. 16 CE y, a pesar de su holgada extensión conceptual<sup>86</sup>, se encuentran limitadas por el necesario “*mantenimiento del orden público protegido por la Ley*”. Respecto a esta última expresión recogida en el texto legal, ROPERO CARRASCO anota que durante mucho tiempo la MGF no fue perseguida, no tanto por representar una conducta amparada por el derecho a la libertad religiosa, sino por tratarse de una práctica que supuestamente no afectaba al “orden público” al encontrarse dentro de un ámbito de privacidad<sup>87</sup>.

La propia *Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa* (en adelante LOLR), en su art. 3.1, establece el límite de la tolerancia religiosa en los derechos fundamentales<sup>88</sup> y, desde luego, la integridad física y la vida de la

<sup>83</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “Derecho penal, libertad de creencias...” ob. cit., pp. 252 y 253.

<sup>84</sup> Cfr. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad, y Conflicto...* ob. cit., p. 148.

<sup>85</sup> Vid. Valero, A., y Flores, F.: “La respuesta del Derecho antes mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 51.

<sup>86</sup> En palabras de Valero y Flores, “con sólo aplicar los criterios básicos para la resolución de conflictos entre derechos –el de proporcionalidad– la balanza nos indica que la mutilación genital femenina, por muy amparada que pretenda estar en a libertad de conciencia, resulta atentatoria contra las normas sobre derechos fundamentales”; Cfr. Valero, A., y Flores, F.: “La respuesta del Derecho antes mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 54.

<sup>87</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “Derecho penal, libertad de creencias...” ob. cit., p. 250.

<sup>88</sup> Vid. Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho penal español. Parte especial. 5ª Ed.*, Atelier, Barcelona,

mujer o la niña, así como el libre desarrollo de su personalidad y sexualidad, lo son.

Asimismo, en el art. 3.2 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social*<sup>89</sup>, se establece que no podrán alegarse creencias religiosas ni convicciones ideológicas para justificar la realización de actos o conductas contrarios a la DUDH.

Por último, al tratarse de una intervención que afecta principalmente a las menores de edad<sup>90</sup>, también vulneraría el mandato constitucional por el que el Estado español está obligado a garantizar los derechos del menor (art. 39.1 y 4 CE), así como su protección física y psíquica (art. 15 CE)<sup>91</sup>. Ahora bien, también en estos supuestos debemos tener en cuenta las intersecciones entre el efectivo reconocimiento del derecho de conciencia y libertad religiosa<sup>92</sup>. De este modo, tal y como exponen VALERO y FLORES, en aquellos supuestos en los que la menor manifieste su voluntad de someterse a la MGF, la solución vendría dada con base en la dignidad del menor y en su interés prevalente. Según explican los autores citados, “la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos constitucionales de las menores a las que se práctica, que en ningún caso puede justificarse por el respeto a la libertad de conciencia de quienes la realizan o en atención a la tradición cultural a la que responde. (...) La preponderancia de la menor de edad a su integridad física y mental frente a un acto de manifestación de la libertad de conciencia de quien es titular de su patria potestad, de quien ostenta su guarda y custodia, o inclusive frente a la libertad de conciencia de ella misma –en los supuestos en que ésta hubiese otorgado algún tipo de consentimiento para su perpetración–, tiene su fundamento, en primer lugar, en la propia dignidad de la persona concebida como sustrato ineludible de los demás derechos fundamentales”<sup>93</sup> (art. 10.1 CE).

2008, p. 113. Sobre los límites del derecho de libertad religiosa, Vid. González Del Valle, J.M<sup>a</sup>.: “Límites de la libertad religiosa”, en Corsino Álvarez Cortina, A., y Rodríguez Blanco, M. (Coords.): *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (comentarios a su articulado)*. Comares, Granada, 2006, pp. 97-123; Rodríguez Blanco, M.: *Derecho y Religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado*. Civitas, Navarra, 2013, p. 106.

<sup>89</sup> BOE n<sup>o</sup>. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>90</sup> Acerca de la regulación específica en menores de edad, Vid. Roperro Carrasco, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual”, en *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, 2003, pp. 355-386.

<sup>91</sup> Vid. Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>.: “Los derechos de la mujer y la cultura...” ob. cit., p. 247.

<sup>92</sup> Reconocidos en nuestra legislación en: arts. 1.1, 2.1 c) y 3.1, y en el art. 6.1 de la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, así como por reiterada jurisprudencia del TC (por todas, Vid. STC 215/1994).

<sup>93</sup> Cfr. Valero, A., y Flores, F.: “La respuesta del Derecho ante las mutilaciones genitales femeni-

Para algunos autores, como FACCHI, parece dudoso que pueda castigarse la MGF en aquellos supuestos en los que se otorga consentimiento libre por parte de una mujer adulta para realizar la intervención. En el caso de las niñas, sin embargo, el tratamiento jurídico estaría completamente justificado, incluso contra la voluntad de los padres y de la propia menor, por cuanto el Estado tiene la obligación de proteger la posibilidad de elección futura<sup>94</sup>.

Esta interpretación, si bien respetuosa con la libre decisión de la mujer y de su derecho de libertad ideológica o religiosa, conlleva serias dificultades de cara a la aplicación práctica. Muchas de ellas son admitidas por la propia autora, al indicar que en numerosas ocasiones tal elección libre se funda, en realidad, en la falta de información sobre los perjuicios y el verdadero significado de la MGF, ajena a una verdadera significación religiosa, como prueba el hecho de que la experiencia demuestra que ante la exposición de la información completa la mayor parte de las mujeres eligen no practicar la ablación<sup>95</sup>. Además, tal respeto a la libertad de elección no podría quedar, en ningún caso, garantizado por el Estado, puesto que todo intento de gestionar una adecuada *praxis* de la MGF en estos supuestos significaría una aceptación y legitimación de la ablación. Esta situación llevaría a la resignación frente a una práctica clandestina o “casera”, al margen de toda garantía para la integridad física de la mujer, difícil de conciliar con una política criminal limitativa de la disponibilidad de la propia integridad física<sup>96</sup> (relevancia relativa del consentimiento).

Finalmente, algunas normativas europeas<sup>97</sup> impelen a los Estados miembros a no considerar como relevante el consentimiento y a castigar la MGF también en los casos en los que la voluntad sea expresada de forma clara por una mujer adulta.

La MGF es una costumbre contraria tanto a las disposiciones de carácter internacional que informan nuestro ordenamiento jurídico, como a nuestro orden constitucional. Tal antijuridicidad, que deviene de la grave lesión para bienes jurídicos especialmente protegidos como son la vida y la integridad física de la mujer y la niña, sostiene la necesidad de su tratamiento penal.

Ahora bien, como apuntaba al comienzo de este epígrafe, tal consideración como ilícito penal no está exenta de otras dificultades de tratamiento de

nas...” ob. cit., p. 59.

<sup>94</sup> Vid. Facchi, A.: “El diseño de las leyes sobre la MGF...” ob. cit., pp. 95 y 96.

<sup>95</sup> Vid. Facchi, A.: “El diseño de las leyes sobre la MGF...” ob. cit., p. 94.

<sup>96</sup> Al respecto, Vid. Diez Ripollés, J.L.: Los delitos de lesiones. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 130 y 131; quien expone de forma meridianamente clara que “como se deduce fácilmente de su localización dentro del propio art. 15 [CE], la prohibición de tratos inhumanos o degradantes forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral, constituyendo un límite a su ejercicio”.

<sup>97</sup> Véase epígrafe segundo, en concreto las Resoluciones del Parlamento Europeo de 2001 y 2009.

la MGF desde el Derecho penal. De hecho, un sector mayoritario de la doctrina ha entendido que la problemática alrededor de la MGF no era su tipificación, sino la dificultad de su persecución, así como la idoneidad de su castigo penal. En ambos casos, también serán relevantes las colisiones entre el Derecho penal y las convicciones culturales y religiosas de los que realizan esta clase de actos.

Así, la clandestinidad con la que son realizadas esta clase de prácticas y la dificultad para probar si las intervenciones han sido consumadas en territorio español han sido, hasta hace muy poco, los principales problemas procesales que han rodeado a la MGF<sup>98</sup>. A pesar de la tipificación de la MGF como delito de lesiones en nuestro ordenamiento jurídico penal, mediante la promulgación de la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*<sup>99</sup> (en adelante, LO 11/2003), era habitual que las denuncias terminaran archivadas porque los jueces no podían probar que las mutilaciones se hubieran practicado en territorio español. En muchas ocasiones, con el fin de conservar sus tradiciones, o debido a la convicción de que la MGF es una obligación religiosa, sus perpetradores simulaban que la mutilación se había llevado a cabo en sus países de origen, fuera de los límites de la jurisdicción española, durante periodos vacacionales o viajes *ex profeso* para la práctica del ritual.

Varias fueron las soluciones que se elevaron para confeccionar una fórmula que permitiera la persecución de esta clase de delitos<sup>100</sup>, la mayor parte de ellas centradas en el problema de la extraterritorialidad: interpretación extensiva del concepto de extraterritorialidad penal y *justicia universal*, por el que podrían ser conocidos y castigados por los Tribunales españoles aquellos delitos que según los tratados o convenios internacionales vulneren los derechos humanos fundamentales<sup>101</sup>; modificación del art. 23.4 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LOPJ), incluyendo la MGF dentro de la lista de delitos que, de acuerdo con el principio de justicia universal, pueden ser enjuiciados

---

<sup>98</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: "El Derecho penal ante la mutilación genital..." ob. cit., p. 1395; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., pp. 76 y 77; la misma autora:

<sup>99</sup> BOE n<sup>o</sup>. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>100</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: "El Derecho penal ante la mutilación genital..." ob. cit., pp. 1395 y 1396

<sup>101</sup> A favor de este argumento, Vid. Ropero Carrasco, J.: "El Derecho penal ante la mutilación genital..." ob. cit., pp. 1403 y 1404. Acerca de una acertada crítica a esta interpretación "forzada" del art. 23 LOPJ, Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: "La respuesta del ordenamiento jurídico..." ob. cit., p. 1485; en el mismo sentido, Vid. Llabrés Fuster, A.: "El tratamiento de la mutilación genital femenina..." ob. cit., p. 73.

por los Tribunales españoles<sup>102</sup>; la posibilidad de afirmar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles en la medida que la “gestación” del delito se había llevado a cabo en España<sup>103</sup>; castigar los actos preparatorios punibles<sup>104</sup> (arts. 17 y 18 CP) realizados en España y, en su caso, la tentativa inacabada cuando el delito ya hubiera entrado en fase de ejecución antes de salir de España<sup>105</sup>; medidas cautelares<sup>106</sup> tales como, prohibición de salida de España, presentaciones periódicas, etc.; y, por último, la posibilidad de establecer un Convenio Internacional sobre la MGF u otras soluciones desde el ámbito del Derecho internacional privado<sup>107</sup>.

Aunque en un primer momento la modificación del art. 23.4 LOPJ no pareció prosperar en el debate político<sup>108</sup> debido a la falta de consenso<sup>109</sup>, finalmente por *Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*<sup>110</sup>, se cambió la redacción del precepto, cuya exposición motivadora indicaba que la MGF debía considerarse un trato inhumano y degradante, incluido junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En

<sup>102</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital...” ob. cit., pp. 1403 y 1404; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., pp. 81-84.

<sup>103</sup> Concretamente, acerca de una postura favorable a esta argumentación mediante la utilización de la teoría de la ubicuidad, Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital...” ob. cit., pp. 1400 y 1401; Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles... ob. cit., p. 78.

<sup>104</sup> Sobre los problemas para punir tales actos preparatorios, Vid. Llabrés Fuster, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina...” ob. cit., p. 75; Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina...” ob. cit., p. 1.402.

<sup>105</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina...” ob. cit., p. 1401.

<sup>106</sup> Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: Mutilaciones genitales femeninas... ob. cit., p. 29.

<sup>107</sup> Entre las que se incluyen la expulsión de las personas que perpetraron la MGF del territorio español, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la nacionalización de los niños nacidos en España, y las campañas de información; Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones... ob. cit., pp. 79 y ss.

<sup>108</sup> Acerca del proceso de confección y debate político de la legislación sobre la tipificación de la MGF como delito y la modificación del art. 23.4 LOPJ, Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: Mutilaciones genitales femeninas... ob. cit., pp. 39 y ss.; Sobre la tramitación parlamentaria del art. 149.2 CP, v. Torres Fernández, M<sup>a</sup>.E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, en Carbonell Mateu, J.C. (Coord.): Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 949 ss. y también, más recientemente, Serrano Tárraga, M<sup>a</sup>.D.: “Violencia de género y extraterritorialidad...” ob. cit., pp. 876 y 877.

<sup>109</sup> Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación genital...” ob. cit., pp. 1.397 y 1.399.

<sup>110</sup> BOE n<sup>o</sup> 163, de 9 de julio de 2005.

ningún caso, continuaba explicando la Exposición de Motivos, podría justificarse la no persecución y castigo de esta clase de conducta amparándose en el hecho de ser una costumbre cultural o religiosamente condicionada.

Las claves de la reforma pueden resumirse, siguiendo a ADAM MUÑOZ, en los siguientes puntos fundamentales<sup>111</sup>: Es indiferente para la persecución del delito que el sujeto activo sea español o extranjero; es necesario que la MGF sea susceptible de ser tipificado como delito según la Ley penal española, pero es indiferente que la práctica de la misma sea constitutiva de delito en el territorio en el que se llevó a cabo; el sujeto activo ha de encontrarse en España<sup>112</sup>, sin que sea necesario que tenga residencia habitual dentro de nuestras fronteras o su situación sea regular; y, por último, no es necesaria la doble incriminación, bastando con que la acción constituya delito en España.

En definitiva, la solución final adoptada en España ha sido la tipificación expresa de la MGF como delito de lesiones agravado para, posteriormente, establecer la posibilidad de perseguirlo, evitando de este modo lagunas que condujeran a la impunidad de estas conductas, incluso fuera de nuestras fronteras mediante una flexibilización de los *principios de legalidad y territorialidad*—recordemos que es indiferente que la MGF sea delito en el país extranjero en el que se realice en el momento de la comisión de los hechos<sup>113</sup>— con base, a su vez, en el *principio de justicia universal*<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1486.

<sup>112</sup> Vid. STS 327/2003, de 25 de febrero, fundamentos jurídicos octavo y undécimo. En contra, es interesante el razonamiento expuesto en el propio Voto Particular de la citada sentencia, fundamento jurídico sexto. Sobre la influencia de la sentencia del Caso Guatemala en la limitación del principio de justicia universal en la legislación española, Vid. Serrano Tárrega, M<sup>a</sup>.D.: “Violencia de género y extraterritorialidad...” ob. cit., p. 885.

<sup>113</sup> Para Kaplán Marcusán y Bedoya Muriel la doble incriminación sería un requisito sin el cual no podría castigarse la MGF en España, Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 46. En realidad, el art. 23.2.a LOPJ flexibiliza, quizás de un modo excesivamente extensivo, tal requisito, indicando que se considerará necesaria la doble incriminación “*salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito*”. Para Llabrés Fuster también es necesaria la doble incriminación, si bien admite que “de forma incidental” resulta posible prescindir de ella para castigar la MGF conforme a la excepción introducida en el precepto citado de la LOPJ, Vid. Llabrés Fuster, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina...” ob. cit., p. 72 y nota al pie n<sup>o</sup> 3.

<sup>114</sup> Vid. Trillo Navarro, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4g) LOPJ”, en *La Ley*, n<sup>o</sup> 6354, 2005, p. 7; Serrano Tárrega, M<sup>a</sup>.D.: “Violencia de género y extraterritorialidad...” ob. cit., p. 881 y ss.; en concreto, en la p. 884, la autora expone que “la aplicación del principio de jurisdicción universal al delito de mutilación genital femenina se justificaría porque las víctimas siempre son mujeres y en muchos casos se trata de menores de edad, por lo que son especialmente vulnerables, por ser menores y por razón de género. Los mandatos de Derecho internacional de no impunidad y de defensa de las víctimas permite, en virtud del principio de jurisdicción universal, perseguir los delitos de mutilación genital cometidos en el territorio de otros Estados, y aplicar la ley penal española a estos supuestos. Es imprescindible la aplicación y mantenimiento de este principio en las legislaciones de los países, como una forma de

Por otra parte, si bien existe un importante consenso respecto a la posibilidad de perseguir y penar la ablación mediante los instrumentos que ofrece la legislación penal, cuestión distinta es la idoneidad del Derecho penal para erradicar y castigar esta clase de comportamientos amparados en costumbres culturales o religiosas. Se trata, en suma, de un problema criminológico y penológico añadido, que quizás no haya sido tratado en España con la suficiente profundidad<sup>115</sup>.

En efecto, un sector importante de la doctrina entiende que el Derecho penal y, en concreto, la pena privativa de libertad como principal consecuencia del delito, no siempre son los instrumentos más adecuados para la punición de la MGF. Algunas de las razones que se han manejado por estos autores, pueden sistematizarse en las siguientes:

1. *Criminalización de una costumbre cultural u obligación religiosa*: al configurarse como una convicción ritual o religiosa, el castigo penal de la MGF por parte de los Estados de acogida es observado como una oposición directa a las tradiciones propias de las comunidades de inmigrantes. Tal enfrentamiento puede generar una respuesta de reafirmación en las creencias culturales de los grupos étnicos practicantes, que intentarían evitar la sanción penal recurriendo a las lagunas del sistema<sup>116</sup>.

2. *Estigmatización de los grupos de inmigrantes*: el sistema judicial penal puede derivar en una política de exclusión del extranjero, producto de una simplificación jurídica de los fenómenos sociales y culturales<sup>117</sup>. Al respecto,

lucha contra la violencia de género, para la protección de las menores y para evitar la vulneración de los derechos humanos de las mujeres inmigrantes. Este delito debe incluirse en el principio de justicia universal porque afecta a intereses de la Comunidad Internacional, porque esta práctica se ha ido extendiendo, por los movimientos migratorios, a países donde antes nunca se había realizado, lo que ha servido para concienciar a la Comunidad Internacional de que la mutilación genital femenina constituye un trato inhumano y degradante para las mujeres, que lesiona sus derechos fundamentales”.

<sup>115</sup> Al respecto, advertía García García-Cervigón, que, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno (Italia), en España se procedió a la tipificación y sanción de la MGF “sin elaborar investigaciones criminológicas previas”; Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en Italia...” ob. cit., p. 520.

<sup>116</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 162; quien afirma que en el caso de Francia “se ha comprobado que el conflicto entre Derecho penal y obligaciones tradicionales está cada vez más presente entre los inmigrantes africanos, y que estos lo solucionan aplazando simplemente la escisión”; la misma autora: “El diseño de las leyes...” ob. cit., pp. 97 y 98; en el mismo sentido, Vid. Roper Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1397; Asua Batarrita, A.: “Criminología y multiculturalismo...” ob. cit., p. 90. De hecho, la automutilación conocida como *Ngaitana* (expresión keniana que significa “voy a circuncidarme a mí misma”), fue una reacción ante la prohibición de la MGF en 1956, Vid. La Barbera, M<sup>o</sup>.C.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: Entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, en *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, Vol. LXV, N<sup>o</sup>. 2, 2010, pp. 478 y ss.

<sup>117</sup> Vid. Facchi, A.: “La escisión: un caso judicial”, en Contreras, J. (Coord.): *Los retos de la inmigración. Racismo y pluriculturalidad*. Talasa, Madrid, 1994, pp. 161-191; la misma autora:

explica ROPERO CARRASCO, “es posible esperar que a la habitual repudia social que toda condena penal conlleva se una, desde una errónea suposición de la superioridad cultural, una mayor marginación de los colectivos de inmigrantes que incluyen entre sus costumbres a la MGF”<sup>118</sup>. Algunos autores han anotado que el Derecho penal en estos casos puede ser utilizado como medio coactivo de culturización de inmigrantes y como medida de presión que favorezca la integración o asimilación cultural de los inmigrantes<sup>119</sup>.

3. *Efectos perniciosos para el conocimiento y perseguibilidad de la MGF*: la tipificación de la MGF como delito puede ejercer un “efecto tergiversador” de la prevención general negativa (intimidación) como una de las funciones propias del Derecho penal. Así, lejos de alcanzar el objetivo motivador y disuasorio en las comunidades de inmigrantes favorables a la ablación, la amenaza del castigo penal fomentaría la clandestinidad de su práctica y alejaría a estas familias de las instituciones médicas y de las revisiones sanitarias por miedo a ser denunciadas<sup>120</sup> por el personal médico<sup>121</sup>. Además de estas consideraciones, debemos tener en cuenta que la MGF, al tratarse de un *delito culturalmente condicionado*, parte de una dificultad adicional para conseguir la adecuada motivación de la norma penal: el ilícito surge de una percepción o lógica cultural, y es reprimido según la cultura de otra sociedad diferente<sup>122</sup>. Para aquellas culturas que promueven la práctica de la escisión del clítoris, su tipificación como delito puede carecer de efecto disuasorio, dificultando la exigencia de una debida obediencia a las leyes penales, pues tal obligación emana de unos valores extraños y ajenos.

4. *Efectos negativos para la protección de la menor de edad*: tal y como expone FACCHI, uno de los efectos secundarios de la penalización de la MGF es la lentitud de algunos procesos penales, que deriva en la desestructuración del núcleo familiar que la ha llevado a cabo<sup>123</sup>. Tal trastorno tiene especial relevancia en el caso de las menores de edad sometidas a la ablación por, o mediante la promoción, de sus propios padres, pues la incriminación de los progenitores puede significar una mayor desprotección de la hija<sup>124</sup>.

“Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 163; Lorenzo Copello, P.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Pérez Álvarez, F. (Coord.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 31.

<sup>118</sup> Cfr. Roperero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1.397.

<sup>119</sup> Vid. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., p. 177.

<sup>120</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 162; la misma autora: “El diseño de las leyes...” ob. cit., p. 97; García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en Italia...” ob. cit., p. 530.

<sup>121</sup> Sobre el papel del médico forense en estos supuestos, Vid. Gallego Álvarez, M<sup>a</sup>.A., y López, M<sup>a</sup>.I.: “Mutilación genital femenina. Revisión...” ob. cit., p. 150.

<sup>122</sup> Vid. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., p. 150.

<sup>123</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 162.

<sup>124</sup> Vid. Roperero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., pp. 1396 y 1397;

En cualquier caso, que la MGF se encuentre tipificada como delito grave contra la integridad física en nuestro CP no excluye que deba acompañarse de otras medidas legislativas que garanticen la prevención de estas conductas, así como la protección de las víctimas que la sufren<sup>125</sup>. De hecho, tal consideración podría –y debería– predicarse del resto de delitos, teniendo siempre presente la *ultima ratio* que representa el ordenamiento jurídico penal, que solamente debería actuar en aquellos casos en los que el resto de normativas de carácter civil, administrativo y social no han podido conciliar una solución menos gravosa para los derechos individuales<sup>126</sup>. Tal consideración me lleva a unirme a las voces críticas que reclaman un fortalecimiento de los medios alternativos y complementarios para la prevención de esta clase de delitos<sup>127</sup>, ayunos de un mayor estudio criminológico que ayude a su erradicación. El uso del sistema penal como medio de sancionar la ablación surge, como ya he tenido oportunidad de indicar, de la necesidad de proteger determinados bienes jurídicos irrenunciables de la mujer y la niña, pero el Derecho penal no puede actuar en solitario al margen de consideraciones culturales y sociales.

La siguiente reflexión no es baladí dentro de este estudio, pues nos dirige hasta el problema penológico antes señalado: ¿Qué tipo de pena se configura como el mejor instrumento para castigar esta clase de prácticas? ¿Cómo debe actuar el Derecho penal ante la MGF?

Sobre esta cuestión deben distinguirse, en suma, dos dimensiones diferentes: en primer lugar, una cuestión de adecuada técnica legislativa, esto es, determinar cuál es el medio más eficaz para tipificar la ablación como hecho delictivo; por otra parte, una materia estrictamente penológica consistente en la elección de la consecuencia jurídica al delito de MGF más adecuada.

Acercas de la primera de las cuestiones, el Derecho comparado muestra importantes diferencias a la hora de legislar sobre la MGF, desde su regulación mediante una ley penal especial, hasta su tipificación como delito autónomo en los Códigos penales o, simplemente, no establecer distinción específica alguna aplicando tipos ya existentes (lesiones). La solución sobre la mejor forma de normativizar el delito de MGF carece de consenso doctrinal puesto que pueden establecerse pros y contras en cada uno de los casos.

En España se ha optado por tipificar la ablación como un tipo penal autónomo recogido en el Capítulo II, Título III, Libro I del CP 1995. Sin embargo,

---

Facchi, A.: “El diseño de las leyes...” ob. cit., p. 98; Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 176.

<sup>125</sup> Vid. Kaplán Marcúsán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: “Las mutilaciones genitales...” ob. cit., p. 44.

<sup>126</sup> De una opinión similar, Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad, y Conflicto... ob. cit., p. 178.

<sup>127</sup> Vid. Facchi, A.: “El diseño de las leyes...” ob. cit., pp. 98 y ss.

como tendré la oportunidad de exponer en los siguientes epígrafes, la *praxis* legislativa del art. 149.2 CP no está exenta de crítica. Por ello, en mi opinión, no reviste tanta relevancia el modo de tipificación, como la adecuada concreción de la conducta típica independientemente del tipo de marco legislativo que se utilice<sup>128</sup>. Por tanto, en aquellos supuestos en los que no se recurre a un tipo penal específico será especialmente importante llegar a un consenso doctrinal sobre la conducta castigada y sus límites mediante una interpretación doctrinal y jurisprudencial unitaria. A mí juicio, la reiterada promulgación de resoluciones internacionales y, sobre todo, regionales europeas (véase el segundo epígrafe) sobre la necesidad de establecer instrumentos legislativos de índole penal en los Estados miembros es un poderoso argumento para decantarse por la legislación penal especial o el delito autónomo dentro de la categoría de delitos contra el bien jurídico integridad física.

En cuanto a la tipología de las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la MGF, algunos autores se han mostrado en contra de la imposición de penas privativas de libertad, prefiriendo la utilización de sanciones de carácter simbólico<sup>129</sup>, mientras que otros han destacado la necesidad de atender en mayor medida a la finalidad reeducadora de la pena que a su función puramente retributiva atendiendo a las implicaciones culturales de esta clase de delito<sup>130</sup>. Otros, como el Prof. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, denuncian la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, al apreciarse en la mayor parte de las legislaciones penales europeas que recogen la MGF –también en la española– un exceso punitivo tanto en el monto total de las penas privativas de libertad, como de algunas penas accesorias asociadas al ilícito como puede ser la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> No obstante, algunos autores han puesto de manifiesto algunas carencias derivadas de la no tipificación de la MGF como delito autónomo que es preciso señalar. Así, según indica acertadamente Vázquez González, “al examinar la regulación penal de los países que se han decantado por no tipificar como delito autónomo la mutilación genital nos encontramos principalmente con dos problemas. La primera deficiencia es que requiere el auxilio de la interpretación judicial, necesitando por ello definir con la mayor precisión posible los términos mutilación, ablación y escisión”. Por otra parte, decantarse por una Ley penal especial o un delito autónomo en el Código penal supone tipificar prácticas “bastante infrecuentes” en el ámbito europeo e incurre en una función meramente “simbólica” del Derecho penal, encaminada a efectos puramente disuasorios; Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., pp. 167 y 174. Por otra parte, según expone García García-Cervigón, durante la discusión doctrinal sobre la tipificación de la MGF como delito autónomo en Italia algunas voces críticas entendían que la fuerte connotación punitiva y de control, podría traducirse en un aumento de las prácticas clandestinas; Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., p. 55.

<sup>129</sup> Vid. Facchi, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho...” ob. cit., p. 166.

<sup>130</sup> Vid. Marcos Del Cano, A.M<sup>a</sup>: “Los derechos de la mujer...” ob. cit., p. 247.

<sup>131</sup> Vid. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., pp. 168 y 180-182. Al respecto, nótese que el art. 149.2 CP ofrece la posibilidad al juez de estimar la aplicación de la pena de inhabilitación especial de pérdida de la patria potestad (arts. 39.j y 46 CP), potestad que

Volviendo al tema nuclear que subyace a toda nuestra exposición, podemos concluir que, independientemente de la técnica utilizada para la regulación punitiva de la escisión del clítoris, es necesario tener en cuenta el peso que ejercen las convicciones culturales y religiosas en los sujetos activos a la hora de determinar legislativamente y, posteriormente, individualizar la pena en sede judicial.

Esto nos lleva inexcusablemente a entrar de lleno en los dos últimos puntos de este trabajo: el análisis de nuestra legislación penal representado por el art. 149.2 CP, y su interpretación jurisprudencial.

#### 4. EL TIPO PENAL DE LESIONES DE MUTILACIÓN GENITAL. EL ART. 149.2 CP

Nuestra actual regulación penal del capítulo dedicado a los delitos contra la integridad física de las personas, recoge expresamente la mutilación genital –sin distinción de sexo– como un ilícito cualificado de lesiones en su **art. 149.2 CP**. El precepto fue introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en cuya Exposición de Motivos se indicaba que la tipificación de esta clase de mutilación surgía de la necesidad de erradicar “*prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico*”, siendo una intervención “*que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales*”.

Si bien la específica tipificación de la mutilación es relativamente frecuente, existe un importante consenso en la doctrina acerca de la inclusión de esta clase de conductas en la anterior redacción del delito agravado de lesiones<sup>132</sup>. En este aspecto, se discutió si era estrictamente necesario recoger

se reitera conforme al art. 55 CP en aquellos casos en los que la pena de prisión sea igual o superior a 10 años; Vid. Polaino Navarrete, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo I. Tecnos, Madrid, 2010, p. 107. A la hora de tomar la decisión de imponer esta pena de inhabilitación deberá ponderarse el interés superior del menor, Vid. González Rus, J.J.: “Las lesiones”, en Cobo del Rosal, M. (Coord.): *Derecho penal español. Parte especial*. 2ª Ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 156.

<sup>132</sup> Así, una parte de la doctrina ya incluía acertadamente dentro de la definición de órgano o miembro el clítoris; Vid. Tamarit Sumalla, J.Mª.: *La reforma de los delitos de lesiones*. PPU, Barcelona, 1990, pp. 142-144; Arroyo De las Heras, A., y Muñoz Cuesta, J.: *Delito de lesiones*. Aranzadi, Madrid, 1993, p.108; Díez Ripollés, J.L.: *Los delitos...* ob. cit., pp. 89 y 102; como manifiestan Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L.: “Lesiones”, en VV.AA.: *Derecho penal. Parte especial. Parte especial*. 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 138, “sólo una concepción que permita considerar el clítoris como órgano no principal entendería que la conducta no estaba ya incluida en el número primero”. Sobre la inclusión de la MGF en la anterior redacción del art. 149 CP, Vid. Ropero Carrasco, J.: “El Derecho penal ante la mutilación...” ob. cit., p. 1396; Adam Muñoz, Mª.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones...* ob. cit., p. 73; la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., p. 1483; Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, Mª.H.: *Mutilaciones genitales femeninas...* ob. cit., p. 21; las mismas autoras: “Las mutilaciones genitales femeninas...” ob. cit., p. 45; Llabrés Fuster, A.: “El tratamiento de la

la ablación de forma explícita en el articulado, cuestión que un importante sector de la doctrina entendía completamente innecesaria<sup>133</sup> o superflua<sup>134</sup> y de corte meramente simbólico<sup>135</sup>.

Finalmente, prosperó cierta concreción del delito de lesiones en el que se incluía mutilación genital, con el tenor siguiente:

“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 incapaz, 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 incapaz”<sup>136</sup>.

Siguiendo la clasificación propuesta por GARCÍA VALDÉS, MESTRE DELGADO y FIGUEROA NAVARRO, el ilícito se correspondería, junto con el art. 150 CP, con un delito de resultado gravísimo o de “lesiones superagravadas”<sup>137</sup>. No obstante, pese a que la clasificación de la MGF como delito contra la integridad física parece bastante evidente, no existe uniformidad a la hora de conceptualizar esta clase de comportamientos en el ordenamiento jurídico penal.

De este modo, algunos autores han puesto de manifiesto la dicotomía existente entre categorización expuesta en las resoluciones de la UE que, como se ha señalado *supra*, incluyen la MGF dentro de la denominada *violencia intra-familiar o doméstica* y la *violencia de género*<sup>138</sup>, y la sistemática utilizada en nuestra legislación nacional. La descontextualización se agrava cuando, a nivel

mutilación genital...” ob. cit., p. 77; Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial. 17ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108; García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento...” ob. cit., p. 58.

<sup>133</sup> Vid. Orts Berenguer, E., y González Cussac, J.L.: Compendio de Derecho penal (parte general y parte especial). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 430; García García-Cervigón, J.: Delitos de lesiones... ob. cit., p. 128.

<sup>134</sup> Vid. Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L.: “Lesiones...” ob. cit., p. 137; García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento...” ob. cit., p. 55. En contra, considerando necesaria la reforma por razones de impunidad, Vid. Calderón Cerezo, A., y Choclán Montalvo, J.A.: Manual de Derecho penal. Tomo II, Barcelona, 2005 p. 56.

<sup>135</sup> Vid. Mestre Delgado, E.: “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal”, en *La Ley Penal*, Nº 1, 2004, p. 14; Alonso de Escamilla, A.: “De las lesiones”, en Lamarca Pérez, C.: Derecho penal. Parte especial. 2ª Ed., Colex, Madrid, 2004, p. 73; Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español... ob. cit., p. 112.

<sup>136</sup> Art. 149 CP redactado por el número seis del artículo primero de la *LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (BOE 30 septiembre). La actual redacción del precepto entró en vigor el 1 octubre de 2003.

<sup>137</sup> Vid. García Valdés, C., Mestre Delgado, E., Figueroa Navarro, Mª.C.: Lecciones de Derecho penal. Parte especial (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia). Edisofer, Madrid, 2011, pp. 44 y 48.

<sup>138</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto...” ob. cit., pp. 48 y 49; la misma autora: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento...” ob. cit., p. 54.

autonómico, también se muestran importantes diferencias de concepto entre las regulaciones de las distintas regiones de la geografía española<sup>139</sup>.

Entrando en el análisis del tipo penal, la primera de las controversias que surgen es la generalidad en la que incurre el precepto. Como apunta VÁZQUEZ GONZÁLEZ, la redacción omite en su terminología el adjetivo de “femenina”, en clara oposición con el contenido de la exposición motivadora de la LO 11/2003. La interpretación literal del precepto llevaría inevitablemente a incluir la mutilación genital de los varones<sup>140</sup>, lo que no se corresponde con el fundamento de la conformación de un tipo autónomo de MGF<sup>141</sup>. Por el contrario, para algunos autores el tipo debe ser interpretado de forma restrictiva conforme a la política criminal que lo informa. De este modo, solo cabría sancionar por vía del art. 149.2 CP la escisión del clítoris<sup>142</sup>, reservando la mutilación genital masculina a otros delitos de lesiones (art. 149.1 o 150 CP).

La interpretación ambivalente del art. 149.2 CP puede provocar algunos efectos perniciosos, por cuanto como denuncia ADAM MUÑOZ equipara la gravedad algunas de las modalidades de MGF a la circuncisión masculina, también practicada bajo el amparo de determinadas confesiones religiosas, pero normalmente inocua para la salud del varón<sup>143</sup>.

Por otra parte, también resulta discutible la vaga expresión “*en cualquiera de sus manifestaciones*”, que trata por igual todas las modalidades de MGF<sup>144</sup>. Al respecto, la OMS ha establecido diferencias en la gravedad del resultado en las distintas tipologías de la MGF. Así, pueden distinguirse hasta cuatro tipos de MGF<sup>145</sup>, cada una de ellas con efectos y secuelas de diferente gravedad: Tipo I, *clitoridectomía* o eliminación del prepucio del clítoris (también conocida como circuncisión *sunna*); Tipo II, escisión o ablación del prepucio del clítoris y de los labios, total o parcialmente; Tipo III, *infibula-*

<sup>139</sup> Vid. García García-Cervigón, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento...” ob. cit., pp. 57 y ss.

<sup>140</sup> Vid. Torres Fernández, M<sup>a</sup>.E.: “El nuevo delito...” ob. cit., p. 965; Suarez-Mira Rodríguez, C. (Coord.): Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte Especial. 6<sup>a</sup> Ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 105.

<sup>141</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p.171.

<sup>142</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 172; Serrano Gómez, A., Serrano Mañlo, A., Serrano Tárraga, M<sup>a</sup>.D., Vázquez González, C.: Curso de Derecho penal... ob. cit., p. 62, quienes entienden que el sujeto pasivo del delito sólo puede ser una mujer. Por el contrario, García García-Cervigón, J.: Delitos de lesiones... ob. cit., pp. 128 y 129 entienden que tal limitación es criticable.

<sup>143</sup> Vid. Adam Muñoz, M<sup>a</sup>.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico...” ob. cit., pp. 1483 y 1484; quién, además, indica que “querer equiparar las mutilaciones femeninas y las masculinas, sin distinción de ningún tipo, es querer desvirtuar el principio de no discriminación por razón de género y llevarlo hasta unas consecuencias alejadas de toda lógica”; al respecto, también Vid. Polaino Navarrete, M. (Dir.): Lecciones... ob. cit., p. 107.

<sup>144</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 172.

<sup>145</sup> Vid. Medicus Mundi (Andalucía): Mutilación genital femenina: más que... ob. cit.

ción, o escisión total del prepucio, del clítoris, la totalidad de los labios mayores y menores y sutura a ambos lados de la vulva (*escisión faraónica*); y, por último, Tipo IV en el que entran otros tipos de MGF de carácter eclético y, normalmente, de menor gravedad<sup>146</sup> (*piercing, dry sex*, perforación, raspado del tejido que rodea el orificio vaginal o *cortes del angurya*, corte de la vagina conocidos como *cortes del gishiri*, cauterización, etc.). Además de estos cuatro tipos, deberíamos añadir una quinta modalidad, conocida como *simbólica*, que consistiría en la mera punción del clítoris con la intención de producir un pequeño sangrado que no supone ningún tipo de alternación grave o permanente en los genitales femeninos<sup>147</sup>.

En el caso del Tipo III es frecuente el aumento del número de episiotomías, mayor mortalidad materna, hemorragias postparto y aumento de la necesidad de reanimación neonatal<sup>148</sup>. La mortalidad perinatal es más alta en los recién nacidos de madres a las que se les han practicado los Tipos II y III (22%)<sup>149</sup>. En el art. 149.2 CP no se incluye concreción terminológica alguna que distinga entre “*infibulación*”, “*escisión*”, “*ablación*”, etc., así como tampoco baremo alguno de gravedad de la lesión.

Volviendo a las diferentes definiciones que se han dado a la MGF (véase el primer epígrafe), parece obvio que no toda “*alteración*” de los genitales femeninos queda incluida dentro del concepto de “*lesión grave*”<sup>150</sup>. Más aún, una postura contraria no parece conciliarse con la tipificación de un delito que principalmente atiende al desvalor del resultado (gravedad del hecho y no de

<sup>146</sup> Despierta algunas dudas la posibilidad de incluir en esta cláusula escoba algunas intervenciones quirúrgicas de significado puramente estético o sexual (*vaginoplastia*); acerca de una crítica a la criminalización de la MGF en oposición a la despenalización de las operaciones estéticas voluntarias realizadas por cirujanos, Vid. La Barbera, M<sup>a</sup>.C.: “Intervención en los genitales...” ob. cit., p. 483. En mi opinión, al menos, deben quedar excluidas del concepto de MGF aquellas operaciones quirúrgicas prescritas por expertos médicos ante un grave problema de salud, así como aquellas intervenciones que se realizan de modo preventivo y son asumidas voluntariamente por la paciente. Finalmente, también podrían excluirse aquellas intervenciones de finalidad puramente estética que no revisten mayores complicaciones para la salud de la paciente. Parece lógico que tales modos de alteración de los genitales femeninos no puedan entrar dentro de la categoría de daños contra la integridad física de la mujer.

<sup>147</sup> Vid. Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y.: “Female “Circumcision” in Africa: Dimensions of practice and debates”, en Shell-Duncan, B., & Hernlund, Y. (Eds.): *Female “Circumcision” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Lynne Rienner Publisher, London, 2000, p. 5.

<sup>148</sup> La infibulación, al ser la modalidad de MGF más cruenta tendrá una serie de complicaciones añadidas, resultado de la obstrucción mecánica creada por la cicatriz que cubre la uretra y la vagina; Vid. Jiménez Ruiz, I., Almansa Martínez, P., Pastor Bravo, MM., y Pina Roche, F.: “Aproximación a la Ablación/Mutilación Genital ...” ob. cit., p. 404.

<sup>149</sup> Vid. Nawal M.N.: “Female genital cutting: clinical and cultural guidelines”, en *Obstetrical & Gynecological Survey*, N<sup>o</sup> 59(4), 2004, 272 y ss.; *Medicus Mundi* (Andalucía): *Mutilación genital femenina: más que...* ob. cit.; Casajoana Guerrero, M., Caravaca Nieto, E., y Martínez Madrigal, M<sup>a</sup>.I.: “Una visión global de la mutilación...” ob. cit., p. 79.

<sup>150</sup> Vid. Llabrés Fuster, A.: “El tratamiento de la mutilación...” ob. cit., pp. 81 y 82.

la acción). Debe tenerse en cuenta que algunas modalidades simbólicas de la MGF no suponen una verdadera lesión de la integridad física de la mujer o la niña o, al menos, no con la suficiente entidad como para accionar la intervención del *Ius Puniendi* y, mucho menos, de hacer uso de un tipo agravado. Sin embargo, al no ejercer distinción alguna el art. 149.2 CP incluiría esta clase de comportamientos rituales, de escasa entidad lesiva, lo que para SERRANO MAÍLLO podría infringir el mandato constitucional de legalidad<sup>151</sup>. Lamentablemente, esta orientación político criminal, en exceso punitiva y que, en mi opinión, sobrepasa los límites del *principio de mínima intervención y carácter fragmentario* del Derecho penal, tiene el refrendo de la normativa comunitaria europea (art. 22 de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009*), al considerar también necesario el castigo de las formas simbólicas de MGF con el objetivo de evitar cualquier legitimación o justificación de esta práctica culturalmente condicionada en el territorio de la UE.

Tal tratamiento supone cerrar la vía a toda mediación que pudiera servir de puente para la progresiva comprensión entre los dos extremos culturales en liza. Se trata, en definitiva, de una mala estrategia de prevención y un abuso punitivo que, en los casos más flagrantes, puede llegar a conculcar los derechos culturales y de libertad religiosa -siempre que admitamos que la MGF tiene un fundamento religioso- de los grupos migrantes. En concreto, la MGF meramente simbólica no rebasaría los límites del derecho a libertad religiosa, por cuanto no sería una conducta atentatoria contra el orden público, los derechos fundamentales, la seguridad pública, la salud, ni la moralidad pública (art. 3.1 LOLR). De hecho, sería prácticamente la única posibilidad dentro de la legalidad vigente que tendrían los grupos inmigrantes de mantener esta costumbre “religiosa” sin incurrir en un hecho ilícito.

Por ello, parece prudente sugerir una interpretación restrictiva del art. 149.2 CP que abarque tan sólo las modalidades más graves de la MGF, ciñéndose al concepto de mutilación (amputación total o parcial), englobando en él también su vertiente funcional<sup>152</sup> por la que ha de entenderse también la incapacidad del órgano, así como los daños (lesiones) graves en los genitales femeninos.

La segunda parte del precepto, dedicada a la especial protección del menor de edad, no adolece de tantos problemas interpretativos, a excepción de la exasperación punitiva que pudiera producir la pena accesoria de inhabilitación especial de pérdida de la patria potestad.

<sup>151</sup> Vid. Serrano Maíllo, A.: “El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas. Recensión a V. Barungi y H. Twongyeirwe (Eds.): *Beyond the dances. Voices of women on female genital mutilation*, Kampala: FEMRITE, 2009”, en *Revista de Derecho UNED*, N.º 7, 2010, p. 651.

<sup>152</sup> Vid. SSTs 25 de febrero de 1986, y de 7 de diciembre de 2005; Vid. Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho penal...* ob. cit., p. 109.

## 5. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

A pesar de la reforma introducida en el año 2003 para la tipificación de la MGF como delito autónomo, nuestra jurisprudencia no ha sido especialmente prolífica en lo que respecta a esta figura concreta. Las razones son, por lo demás, bastante obvias y ya se han expuesto con anterioridad: se trata de una práctica que se realiza en la más absoluta clandestinidad y encuentra el refrendo cultural, o religioso, de aquellos que la practican.

No obstante, se han dado algunos supuestos relevantes que han sido tratados por nuestros Tribunales y que sirven de utilidad al jurista, no tanto para desentrañar algunos de los problemas interpretativos expuestos *supra*, sino por el tratamiento de las formas de justificación y atenuación de este delito con base en el condicionamiento cultural que lo rodea.

Como ya he tenido oportunidad de señalar, el art. 149.2 CP se configura como un tipo agravado de lesiones en función del mayor desvalor del resultado. Sin embargo, como anota VÁZQUEZ GONZÁLEZ, es susceptible de crítica que “el legislador se haya decantado por tipificar la mutilación genital femenina mediante una figura en la que prevalece el desvalor del resultado, sin apenas ser valorado el desvalor de la acción. El legislador a la hora de fijar el marco penal al delito de mutilación genital femenina, sólo ha tenido en cuenta el resultado que el delito produce en las víctimas, (...) pero no ha tenido en cuenta el grado de culpabilidad del autor”<sup>153</sup>.

En efecto, no podría completarse el estudio de esta figura penal, ni de sus interferencias con los derechos culturales y de libertad religiosa de los sujetos activos, sin el conveniente análisis jurisprudencial del tratamiento de las causas de justificación y exenciones de la responsabilidad criminal amparadas, precisamente, en la motivación cultural de esta práctica. Y es que la totalidad de las sentencias que se ocupan del delito de MGF orbitan alrededor de **tres pilares básicos**: las causas de justificación e inexigibilidad (estado de necesidad, miedo insuperable), las eximentes de la responsabilidad criminal (alteración de la percepción), y el error de prohibición.

La primera de las resoluciones en las que se llevó a cabo un tratamiento del problema de MGF es la **SAP de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre de 2011**, en la que se enjuiciaba la escisión del clítoris a una menor con la connivencia de sus propios padres, “*puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin*”. La Sentencia reseña, además, la concreta motivación de los padres de la menor fundados en “*creencias religiosas y culturales*”,

<sup>153</sup> Cfr. Vázquez González, C.: *Inmigración, Diversidad y Conflicto...* ob. cit., p. 176.

siendo solamente concedor el padre de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la segunda procesada, madre de la víctima.

En su fundamento jurídico primero, la interpretación de la AP de Teruel quizás incurre en una **concepción simplista de la MGF** (véase el epígrafe tercero), al declarar que *“la ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer y, además de la peligrosidad que conlleva pues las condiciones en que se practica no suelen ser higiénicas, las afectadas padecen secuelas durante toda su vida: además del trauma, infecciones vaginales, lesiones renales, depresión, ansiedad, tumores, impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones extremo, en el momento de la penetración y el parto. Resulta evidente que para la sociedad española la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona”*. Esta perspectiva recoge una **explicación insuficiente y mono-causal** a un fenómeno cultural muy complejo. Por otra parte, nada obsta para aplaudir el argumento de la sentencia desde la óptica de los derechos humanos fundamentales, límite absoluto de la libertad cultural y religiosa.

En el fundamento jurídico segundo el Tribunal procede a discutir la defensa, que invocó por vía de informe las siguientes causas de exención de responsabilidad: alteración en la percepción, art. 20.3 CP; miedo insuperable, art. 20.6 CP; y estado de necesidad, art. 20.5 CP, *“basando únicamente la aplicación de tales circunstancias en el hecho de pertenecer los acusados a una cultura diferente a la española de la que es parte la mutilación genital femenina pero sin siquiera alegar la concurrencia en ellos de los requisitos necesarios para que cada una de dichas circunstancias pueda ser apreciada”*. Ante esta laxa argumentación, la Audiencia no tiene demasiadas dificultades para desmantelar el argumento de la defensa, indicando que *“sólo el “peso de la tradición” referido por el letrado de los acusados es desde todo punto insuficiente para fundar la exención de responsabilidad”*, basándose en los principales **instrumentos jurídicos nacionales** (*Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre; Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina*) **e internacionales** (Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer).

Al respecto, habría que tener en cuenta que desde el punto de vista de la doctrina mayoritaria de la **concepción normativa de la culpabilidad**, el sujeto debe tener capacidad intelectual suficiente para comprender el ilícito y,

además, poder actuar conforme a dicha comprensión<sup>154</sup>. No obstante, algunos autores entienden que esta comprensión no está acotada a las meras capacidades intelectivas y volitivas del sujeto, pues éstas estarían siempre condicionadas por factores socio-culturales<sup>155</sup>.

Sin embargo, si bien estas concreciones pueden resultar útiles a la hora de realizar la **individualización de la pena**<sup>156</sup>, no parece que pueda prosperar su análisis en sede de la imputabilidad del sujeto, pues llevarían a la impunidad de la mayor parte de las conductas amparadas en cualquier comprensión culturalmente divergente. Desde esta perspectiva, prácticamente cualquier actuación, incluidas aquellas que repugnan a los más prudentes defensores de los derechos humanos fundamentales, podría quedar justificada.

La doctrina también **ha rechazado la aplicación del miedo insuperable** en los supuestos de MGF<sup>157</sup>, al considerar que el temor de los padres ante las represalias de no practicar la ablación a sus hijas no les impide ejercer un juicio racional que anule su obligación de proteger a las menores a su cargo.

Otro frente principal en la defensa es la concurrencia en los procesados de un **error de prohibición** que excluiría o aminoraría su responsabilidad criminal<sup>158</sup>, y ello en base a lo dispuesto en el art. 14 CP con arreglo al cual *“I. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho*

---

<sup>154</sup> Vid. Mir Puig, S.: Derecho penal. Parte general. 9ª Ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 537 y ss.; en contra, Vid. Gimbernat Ordeig, E.: “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*. 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 126; el mismo autor: Introducción a la parte general del Derecho penal español. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 69 y nota al pie 2.

<sup>155</sup> Vid. *in extenso*. Cabezas Salmerón, J.: La culpabilidad dolosa como resultante de condicionamientos socioculturales. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1998, *passim*; siguiendo al autor citado, Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 190; no obstante, como más adelante (pp. 191 y 192) argumenta el último autor citado, “considerar como incapaces de culpabilidad a los inmigrantes, al equipararlos a enajenados mentales o personas que sufren alteraciones en la percepción, supone una minusvaloración, no sólo de ellos, en cuanto personas, sino también de sus culturas”.

<sup>156</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., pp. 200 y ss.

<sup>157</sup> Vid. Jericó Ojer, L.: “El conflicto de conciencia ante el derecho penal”, en *La Ley-Actualidad*, 2007, p. 576; Díaz y García Conlledo, M., Durán Seco, I., Olaizola Nogales, I., y Jericó Ojer, L.: “Extranjería y Derecho Penal: las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, N<sup>o</sup> 12, 2007, p. 108; Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 195.

<sup>158</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., pp. 197 y ss. Sobre esta cuestión hay que indicar que el error de prohibición fue admitido por el Ministerio Fiscal en procedimiento de diligencias previas 0066/93-E, sobre el delito de lesiones -denuncia presentada por los médicos con fecha 28 de enero de 1993- en un caso en el que cesaron las actuaciones judiciales ya que “no se pudo incriminar a la autora material de los hechos porque había huido, y los padres fueron exculpados porque el Juez consideró que no habían tenido intención de hacer daño”; Vid. Kaplán Marcusán, A., y Bedoya Muriel, M<sup>a</sup>.H.: Mutilaciones genitales femeninas... ob. cit., p. 22-26.

*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”.*

Al respecto, la comprensión de la antijuridicidad por parte del padre de la menor no planteaba problema alguno: existía un conocimiento normalizado de la norma y su contrariedad a Derecho en España, país donde residía desde hacía 12 años, *“bastando incluso con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto (STS 16 marzo 1994)”*.

En lo que respecta a las razones culturales y religiosas y el error de prohibición, la Sala sigue la doctrina recogida en la **STS 336/2009, de 2 de abril**, que indica que *“lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas)”*. En definitiva, el **“peso cultural”** o la **intensidad de las convicciones religiosas del procesado** no son justificación suficiente para estimar el error de prohibición, puesto que se tienen como una negativa a reconocer la fuerza obligatoria de la norma y no están fundadas en el desconocimiento de su existencia.

Cuestión distinta es la apreciación del error de prohibición en el caso de la madre, en la que se cumplen una serie de requisitos que hacen posible su concurrencia:

1°. Desconocimiento de la ilicitud de la MGF (**creencia de actuación lícita**).

2°. Acatamiento de la ablación como parte de la cultura de la que procede, *“no sólo como normal sino incluso necesaria para la mujer”* (**profundo arraigo cultural**).

3°. Desconocimiento absoluto del castellano (**reducción de las posibilidades de conocer**).

4°. Escaso tiempo en el territorio nacional antes del periodo en que se considera practicada la ablación a la menor (**falta de integración en la cultura española**).

Ahora bien, restaría analizar si el error fue vencible o invencible. Para dar una respuesta, el Tribunal se apoya nuevamente en la doctrina del TS (concre-

tamente, en las SSTS 14 diciembre 1985, 15 abril 1996), que dispone que “para valorar la entidad del error habrán de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar”. En el presente caso, atendiendo a la posibilidad que tuvo la procesada de consultar con su esposo la licitud de su actuación resulta claro que no puede considerarse como invencible el mencionado error, sino **fácilmente vencible**.

Tal previsión queda contenida en el art. 14.3 CP, que establece que “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”.

Sobre esta cuestión, no cabe duda de que la AP valoró correctamente la potencialidad del conocimiento. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto a las “condiciones psicológicas y de cultura”, puesto que apenas se tiene en cuenta la posible **coacción psíquica** que el entorno de la mujer ejerció -y que la propia Sala comenta en anteriores párrafos- o la **presión que sus convicciones culturales** ejercieron a la hora de entender como “normal”, e incluso saludable para su hija, la práctica de la MGF. Quizás hubiera sido deseable una mayor motivación y esfuerzo a la hora de demostrar la **falta de oposición** para adquirir el conocimiento de la ilicitud basada en las convicciones culturales y religiosas de la procesada.

Precisamente, tal “**presión de la obligación moral**” es lo que aproxima la MGF, según expone VÁZQUEZ GONZÁLEZ, a la figura del estado de necesidad, por cuanto el sujeto lesiona un bien jurídico para salvar otro cuyo interés considera preponderante<sup>159</sup>. En cualquier caso, como el mismo autor citado indica, finalmente no se cumplirían todos los requisitos del estado de necesidad, no existiendo una situación de peligro e inclinándose la balanza a favor de la integridad física y psíquica de la mujer o la niña en la ponderación de intereses en conflicto<sup>160</sup>.

No obstante, a pesar de la contundencia y severidad de la argumentación se aprecia cierta **valoración despenalizadora** de los hechos probados, minimizando la pena final resultante con base en lo dispuesto en el art. 66.6 CP, con clara primacía de “*las circunstancias personales del delincuente*”.

El fallo fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, que ratificó la SAP de Teruel y se pronunció en **Sentencia 835/2012, de 31 de octubre de 2012** (fundamento tercero) acerca de la desestimación del error de prohibición, en los términos siguientes: “*sin duda uno de los factores más acusados*”

<sup>159</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 184.

<sup>160</sup> Vid. Vázquez González, C.: Inmigración, Diversidad y Conflicto... ob. cit., p. 186.

*de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. 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”.*

Con esta afirmación el TS zanja la cuestión recurriendo a la teoría de la intangibilidad y universalidad de los derechos humanos, doctrina que, como he apuntado en anteriores epígrafes, conlleva una perspectiva eminentemente occidental y encuentra como oposición las voces críticas favorables al relativismo de la universalidad de los derechos humanos. Pero el Tribunal va más allá en sus afirmaciones, vaciando de todo contenido cultural a la MGF: “*La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina*”.

En mi opinión, nada cabe objetar a la construcción de un sistema de justicia penal con unos límites de tolerancia cultural y religiosa definidos por el respeto a los derechos humanos fundamentales. Sin embargo, descargar de contenido cultural a una costumbre –perjudicial o no– con tantas connotaciones sociales como la MGF es posicionarse en una visión demasiado encorsetada a los valores tradicionales occidentales. Admitiendo que la única perspectiva posible para el tratamiento judicial de la MGF pasa por el filtro de los derechos humanos fundamentales de la mujer, la simplificación o reducción del fenómeno en estos términos me parece demasiado acotada y criticable.

Un año después, también en la región de Cataluña, la Audiencia Provincial de Barcelona emitía un fallo sobre dos delitos de MGF tipificados en el art. 149.2 CP, nuevamente ejercidos sobre dos niñas menores de edad con el consentimiento de los padres. Se trata, sin lugar a dudas, del precedente jurisprudencial más completo sobre la ablación en España hasta la fecha. En el fundamento primero de la **SAP de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo**, el Tribunal expone una serie de cuestiones preliminares que sirven de contexto motivador para el posterior fallo. Es de agradecer que, en esta ocasión, el Tribunal acudiera a argumentos relativos a la problemática entre diversidad cultural y Derecho penal.

Así, expone la SAP de Barcelona “*un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico que comporta el fenómeno propio del flujo migratorio evidencia uno de los problemas que desde la vertiente penal no pueden quedar sin respuesta: el conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad*”. Como puede apreciarse, el despliegue argumental no rechaza el contenido cultural de la MGF, indicando que puede llegar a conformar una costumbre tan arraigada que suponga una marca de identidad de determinados grupos sociales.

La alusión al conflicto es fundamental, al reconocerse una “*tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre*”.

Una vez sentados los precedentes, el Tribunal descarta cualquier justificación de la vulneración de los derechos fundamentales de las menores con base en planteamientos de índole cultural o religiosa, “*ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual*”. Para dar mayor cuerpo a este razonamiento, se exponen los principales instrumentos normativos a nivel nacional, internacional y comunitario que condenan la MGF y que conforman la base jurídica de lo anteriormente señalado.

Dentro de estas cuestiones previas, la Sala realiza una excelente y completa exposición de las diferentes tipologías de MGF reconocidas por la OMS, así como de las consecuencias perjudiciales para la salud de las víctimas y de las causas que justifican su práctica.

No obstante, indica la AP, “*no resulta hacedero justificar tales prácticas alegando un conflicto de conciencia, ya que de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisón de conductas anárquicas*”.

A continuación, la Audiencia ahonda en la cuestión del socorrido error de prohibición como eximente de la responsabilidad criminal, estableciendo que “*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 antijuricidad 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 adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”.*

La AP infiere, por tanto, que la práctica de la MGF fuera de nuestras fronteras, con una **supuesta pretensión de impunidad**, así como bajo el amparo de la clandestinidad son argumentos poderosos que señalan un **indicio de conocimiento de la contrariedad a Derecho** de la ablación por parte de los practicantes<sup>161</sup>. Ante este razonamiento puede objetarse que se trata de una presunción que podría verse **desvirtuada por razones culturales o religiosas**, basadas en el significado ritual de la MGF, que impelería a los padres a buscar unas determinadas condiciones (lugares concretos y aislados) o una específica asistencia (curanderas, matronas, ministros de culto, etc.) para llevar a cabo la escisión. Por el contrario, el argumento de la **integración cultural** resulta más objetivo, pues supone un **indicativo que aumenta las posibilidades de conocimiento potencial** del ilícito. En este sentido, **no se requiere una integración social y cultural plena**, sino simplemente una integración social “importante” (fundamento jurídico cuarto) expresión que, en mi opinión, puede traducirse por *significativa, suficiente o bastante* y que deberá inferirse mediante distintos factores: el tiempo de residencia en nuestro país; el arraigo cultural adquirido; el dominio del idioma, etc. Asimismo, en su fundamento jurídico cuarto, el Tribunal volverá a ocuparse del error de prohibición y la imposibilidad de su estimación, donde se limita a reiterar lo expuesto por la **STS de 31 de octubre de 2012**.

En conclusión, la AP estima que no cabe postular el error de prohibición “*si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma*”.

La AP sienta unas bases de aplicación del art. 149.2 CP en el último párrafo de su fundamento primero, indicando que el delito de MGF “*puede ser cometido mediante dolo directo, o de primer grado, o, por dolo indirecto, eventual o de segundo grado, siendo en este último caso relevante la posición de garante de los familiares más directos de la menor o menores víctimas de la ablación acudiendo, inclusive, a la doctrina de la comisión por omisión*”.

Por otra parte, la defensa que realiza la AP barcelonesa de la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad suscita ciertas críticas pues, aunque se indica que ha sido prevista “*con naturaleza de pena principal, para proteger a*

<sup>161</sup> De esta opinión, Jericó Ojer, L.: “El conflicto de conciencia... ob. cit., p. 575.

la *niña de futuras agresiones o vejaciones*”, no parece demasiado probable que vuelvan a producirse tales ataques teniendo en cuenta que los padres obraron conforme a la convicción –errónea– de estar realizando un acto positivo para sus hijas. Sin embargo, en su fundamento jurídico séptimo, el Tribunal interpreta, a mi juicio acertadamente, que tal pena “*debe tener una aplicación sumamente restrictiva, y, ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal, mientras no alcancen las menores la mayoría de edad, inste las medidas concernientes a su tutela que considere más idóneas en orden al interés de la menores que es el prevalente y el prioritario y el más digno de protección*”.

Por último, la AP de Barcelona se pronuncia también sobre la **atenuante de reparación del daño** (art. 21.5 CP) basada en la reconstrucción quirúrgica del clítoris, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal<sup>162</sup> (fundamento jurídico quinto). El argumento del Tribunal es contundente: “*esa iniciativa no puede trascender ni incidir en la conducta de los acusados sometida a reproche penal, pues se trata de una circunstancia “ex post”, “ad futurum”, y, en puridad, no constituye propiamente una reparación del daño, ni comporta un esfuerzo reparador por parte del infractor, por cuanto ni disminuye los efectos del daño ocasionado antes de la celebración del acto del juicio oral, ni cabe aplicarla por analogía, pues lo que verdaderamente fundamenta la atenuante, ya lo fuere ordinaria, cualificada o muy cualificada, es la reparación objetiva del daño antes del juicio oral y no una promesa o compromiso, más o menos firme, de reparación posterior, pues el criterio apreciativo es sumamente restrictivo, ni cabe entender que la proposición efectuada guarde una suerte de similitud formal, morfológica o descriptiva a modo de identificar cualquier otra circunstancia de análoga significación, y, por lo demás, la conducta de los padres, como tales, ya viene impuesta por la ley, pues deben velar por la vida, la salud e integridad, física y psíquica de sus hijos y preservar su desarrollo personal, emocional, vital y también en el ámbito sexual, en orden a su plena indemnidad*”.

El 4 de abril de 2013 se hacía pública una nueva Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (SAN) dedicada al enjuiciamiento de un caso de MGF.

En la citada resolución, la AN condena a una mujer de origen senegalés por la práctica de la ablación a su hija menor de edad, descubierta durante una revisión médica dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes. Al igual que en los anteriores casos analizados, **la carga de la prueba orbita alrededor de los informes médicos** derivados de estos chequeos periódicos; de ahí su importancia como medios de prevención. Los facultativos médicos

<sup>162</sup> Favorable a la “apreciar un atenuación de la pena, fundada en una reducción de la culpabilidad”; Vid. Asua Batarrita, A.: “Criminología y multiculturalismo...” ob. cit., p. 95.

apreciaron la extirpación del clítoris y, como secuela, la adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, lo que precisará tratamiento quirúrgico.

Como parte de su defensa, la madre indicó que la mutilación había tenido lugar en Senegal, y habría sido realizada por la abuela de la menor sin su conocimiento. Como se puede apreciar, esta cuestión ha sido uno de los principales caballos de batalla en el tratamiento penal y procesal de esta figura delictiva. Sin embargo, nuestra normativa vigente recoge esta previsión procesal en su **art. 23.4.g LOPJ**, en el que expresamente se indica la competencia de nuestros jueces y tribunales en los delitos *“relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”*.

Así las cosas, el núcleo central para establecer la imputación de las lesiones pasa irremediablemente por establecer el conocimiento y consentimiento de la madre sobre la práctica de la MGF. Al respecto, el fundamento jurídico segundo de la SAN 9/2013, señala que *“no hace falta que las pruebas practicadas conduzcan, de forma inequívoca, a la imputación directa y material de la acusada, pues dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, -tal como la acusada insinuó-, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales”*.

La declaración testifical del enfermero, que entrevistó a los padres y estuvo en el reconocimiento pediátrico, permitió confirmar que los padres de la menor *“se mostraron indiferentes, no sorprendidos por la noticia que en absoluto les resultó desconocida”*, manifestando el padre de la misma que *“ese tipo de lesión era normal en su país, por ser propio de su cultura y tradición”*.

La alusión a las **costumbres y tradiciones culturales o religiosas** hace plantearse al Tribunal la cuestión recurrente de la exención de la culpabilidad, debido a la *“existencia de un posible error de prohibición”*. Consecuentemente con lo expuesto anteriormente, en caso de demostrarse que existía un **insoslayable desconocimiento** por parte de la acusada **acerca de la prohibición** que realiza nuestro ordenamiento jurídico-penal sobre tales prácticas ablativas, la conducta permisiva quedaría completamente impune.

Para saber si el error es vencible o invencible, el juzgador deberá retrotraerse al momento de la actuación del sujeto, desde la perspectiva de un espectador ideal **en la posición del autor**. De este modo, bastará para que el

error sea invencible la **observación cuidadosa de la situación** por parte del autor, **antes de actuar**.

Según expone la SAN 9/2013, a la luz de las pruebas practicadas en el plenario, se deduce que, realmente, **la acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituía un delito** no sólo dentro de España, sino incluso fuera de ella.

No obstante, para la completa verificación del error de prohibición inevitable, importa la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho por parte del autor. Es lo que se denomina "**conocimiento potencial**". En este sentido, expone la sentencia que, "*así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, **conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia**, debería haberla asesorado en este extremo*".

Se constata, así, la posibilidad de conocer lo ilícito de la conducta por parte de la acusada. Sin embargo, la controversia cultural y el desconocimiento, aún vencible, de nuestro ordenamiento jurídico debe valorarse a la hora de establecer la correcta medición de la pena.

De esta manera, nuestra legislación vigente recoge la **concepción finalista** de la **teoría de la culpabilidad**. El error de prohibición no excluye el dolo, esto es, la intencionalidad. El conocimiento de la antijuridicidad del hecho debe valorarse como requisito autónomo de la culpabilidad, afectando tan sólo a ésta. Así, se tendrá en cuenta **una disminución de la responsabilidad criminal, en la medida en la que el desconocimiento de la antijuridicidad reduce lo reprochable del resultado lesivo**.

## 6. CONCLUSIONES

I. Los procesos de globalización y la apertura de las fronteras han creado un mayor flujo de grupos migrantes. Tales grupos han llevado consigo sus costumbres ancestrales, así como su tradición cultural y religiosa, a países del entorno occidental creando un marco de diversidad cultural. La práctica de la ablación supone un conflicto de valores culturales entre los colectivos que la llevan a cabo y los Estados receptores. A pesar de la justificación cultural y religiosa, se ha demostrado que la MGF supone un ataque directo contra los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas. Siendo la tradición occidental europea la abanderada de la doctrina de los derechos humanos, y teniendo el refrendo de la Comunidad Internacional de su parte, se ha procedido a

criminalizar la MGF en la mayor parte de los países europeos donde se ha evidenciado su práctica. La actuación del Derecho penal queda condicionada por el conflicto cultural antes mencionado, de tal forma que será necesario realizar un análisis a nivel sustantivo, procesal y criminológico de la tipificación del delito de MGF en nuestro ordenamiento jurídico penal. El estudio pormenorizado de estas esferas y, sobre todo, del conflicto entre el respeto a la cultura o la libertad religiosa de los pueblos y su intersección con los límites de actuación del *Ius puniendi* será fundamentales para dar las soluciones adecuadas a la problemática de la MGF desde el marco punitivo.

**II.** La MGF se ha convertido recientemente en un problema de escala internacional. Aunque, en un primer momento, las principales estructuras supranacionales evitaron toda pronunciación contraria a la ablación por entender que se encontraba amparada en una determinada concepción cultural y religiosa, finalmente fue unánime su condena con base en la violación de los derechos humanos. Las primeras en definir la MGF y emitir informes negativos sobre su práctica fueron las organizaciones internacionales (OMS, UNICEF, etc.), lo que impulsó la respuesta de los organismos internacionales de las NNUU y, dentro del ámbito regional, la UE, la OEA, etc. Las diferentes resoluciones emanadas por estos órganos supranacionales han ido conformando una política criminal de progresiva intensidad, desde la tibia protección de los derechos humanos fundamentales como la vida o la integridad física de la mujer, hasta la condena incondicional de la MGF en cualquiera de sus formas, negando toda justificación cultural o religiosa. Existe, por tanto, un núcleo irrenunciable de derechos que deberán ser universalmente reconocidos y salvaguardados, por encima de cualesquiera convicciones culturales y religiosas que pudieran conculcarlos.

**III.** La práctica de la MGF se ha intentado justificar desde la óptica del respeto a la libertad de credo de los pueblos que la llevan a cabo. Sin embargo, es perfectamente posible desligar la ablación de un significado religioso concreto, al ser una costumbre practicada por grupos de diferentes creencias y convicciones. A pesar de que se ha asociado la ablación a la doctrina del Islam, lo cierto es que no se encuentra recogida en ningún documento de ámbito religioso y su consecución parece tener que ver con un concepto más antropológico y social que dogmático. La asimilación de la MGF a una obligación religiosa sólo puede focalizarse en el marco del fundamentalismo religioso más radical, en oposición a la intromisión del mundo occidental en las costumbres de algunos pueblos extranjeros. No existen, en definitiva, pruebas suficientes que demuestren la vinculación entre una determinada congregación o corriente religiosa y la MGF. De este modo, parece complicado establecer una vulneración del derecho a la libertad religiosa en la actuación del Derecho penal a

la hora de sancionar la ablación con una pena. Más aún, considerando la escisión como una costumbre cultural de algunas etnias, el respeto a los derechos fundamentales intangibles (vida, integridad física, libre desarrollo de la personalidad, etc.) se erigiría como el límite absoluto de la tolerancia ante determinadas prácticas que los vulneren.

IV. Nuestro ordenamiento jurídico-penal ha optado por tipificar la MGF como un delito contra la integridad física agravado por el resultado. Esta categorización no se corresponde íntegramente con lo estipulado en las normativas internacionales, que engloban la ablación en los delitos contra la mujer (violencia de género) o dentro del ámbito familiar (violencia doméstica). Sin embargo, la inclusión de la escisión dentro de los delitos de lesiones parece la opción más correcta en nuestro ordenamiento jurídico-penal, si bien su expresa tipificación como delito autónomo parecía innecesaria al existir previamente otros tipos penales en los que podría quedar recogida. Por el contrario, la construcción del delito específico de MGF genera numerosas dificultades interpretativas debido a su indefinición y vaguedad. La generalidad del precepto es el núcleo del problema, pudiendo recogerse una gran cantidad de conductas que sobrepasan los límites de mínima intervención y carácter fragmentario del Derecho penal. La armonización con las normativas europeas e internacionales ha influido decisivamente en la conformación de un tipo penal excesivamente laxo y punitivamente extenso. Asimismo, parecen haberse descuidado otras medidas que necesariamente deberían acompañar a la actuación de la justicia penal (*ultima ratio*), y que se han mostrado como eficaces medios de prevención para la erradicación de la MGF.

V. Pocos son los supuestos de MGF enjuiciados por nuestros Tribunales penales. Las principales razones de esta escasa producción jurisprudencial son los problemas de perseguibilidad y conocimiento que acusa esta clase de delitos (clandestinidad, extraterritorialidad, etc.). A pesar de que se ha dotado a nuestro ordenamiento de las herramientas necesarias para la investigación y persecución de la ablación, lo cierto es que el número de casos detectados y sancionados en España es prácticamente residual. No obstante, los fundamentos jurídicos de las diferentes sentencias publicadas —en especial la SAP de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo—, han llegado a conformar una sólida doctrina acerca del delito de MGF. Si bien en algunos de sus planteamientos se puede reprochar a los Tribunales sentenciadores una toma de postura simplista frente a las connotaciones culturales y sociológicas que implica una práctica como la ablación del clítoris, lo cierto es que su argumentación desde la óptica de la intangibilidad de los derechos humanos no suscita demasiadas dudas: la MGF es un acto que vulnera gravemente la integridad física y psíquica de la mujer y la niña, contraría a nuestro orden constitucional y que no cabe

amparar en ninguna razón de índole cultural o religiosa. Por otra parte, la defensa de los imputados en esta clase de procedimientos suele girar principalmente en torno a las causas de justificación de la antijuridicidad, siendo solamente aceptada el error de prohibición, cuando se entiende que, efectivamente, se desconocía el ilícito penal. No obstante, lo habitual es que se estime el error en su modalidad vencible (art. 14.3 CP), al no cumplirse todos los requisitos de su vertiente despenalizadora cuando existe la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho por parte del autor (conocimiento potencial).