

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO, DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

TESIS DOCTORAL



**LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA:
ASPECTOS JURÍDICO-PENALES**

Presentada por:
Ana Silva Cuesta

Directora:
Dra. Dña. M^a Ángeles Cuadrado Ruiz,
Profesora Titular de Derecho Penal

Granada, 2017

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales

Autora: Ana Silva Cuesta

ISBN: 978-84-9163-291-7

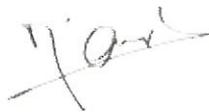
URI: <http://hdl.handle.net/10481/47381>

La doctoranda Dña. ANA SILVA CUESTA y la directora de la tesis Prof. Dra. Dña. M^a ÁNGELES CUADRADO RUIZ,

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de la directora de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Granada, 5 de Abril de 2017.

Director/es de la Tesis



Fdo.: M^a Ángeles Cuadrado Ruiz

[...firma digital 15-18](#)

Doctorando



Fdo.: Ana Silva Cuesta

A mis padres y a mis hermanos.

Hay que atreverse, y las africanas se atreven; se educan, se forman, tratan con las otras mujeres del mundo para abrirse camino. Ya hemos asumido el papel que nosotras las mujeres africanas debemos asumir en el futuro. Debemos duplicar los esfuerzos, sin complejos con respecto a los hombres, pero con respeto y diplomacia, y complementariedad, ya que nosotros (mujeres y hombres) somos uno e indivisible.

Fatoumata Coulibaly, activista maliense contra la mutilación genital femenina.

AGRADECIMIENTOS

Todo lo que el hombre quiere, primero lo sueña.

María Zambrano

Ser fiel al sueño de realizar una tesis doctoral, uno de mis deseos desde que comencé a estudiar Derecho, -motivada siempre por la idea que ha subyacido durante mi formación como jurista -luchar por un mundo más justo-, no hubiera sido posible sin muchas personas que me han acompañado, y que han estado a mi lado, fraguando una base sólida para que las horas de estudio y ausencia valieran la pena. Por ello, cada una de esas personas merecen un reconocimiento en estas líneas. Para mí, es justo y necesario nombrarlas a continuación.

En primer lugar, quiero dar las gracias a mi directora de tesis, la Profesora M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz, por todo el conocimiento aportado durante la realización de este trabajo, por el tiempo que me ha dedicado y el respeto que siempre ha mostrado hacia mi espacio como investigadora.

Siguiendo en el plano académico, no podría dejar de nombrar a la Dra. Asma Lamrabet, Directora del Centro de la Mujer e Islam de la Rábita de los Ulemas de Marruecos así como a Bahira Abdoulatif Yasín, Profesora del Departamento de Español de la Universidad de Bagdad; ambas procedentes del mundo árabe, no sólo por el intercambio de ideas y conversaciones sobre la mujer y “las otras”, sino también por sus aportaciones en la comprensión rápida de la naturaleza de la mutilación genital femenina como una costumbre ajena al islam. También quiero agradecer el impulso de la Profesora Adriana Kaplan mostrando su interés en este trabajo, y al Profesor Federico Mayor Zaragoza, por su apoyo y su constante motivación para poner la investigación al servicio de la Paz.

Quiero mostrar mi gratitud y agradecimiento hacia las matronas Amparo Albiah, de la Comunidad Valenciana, y Casilda Velasco, actualmente profesora de enfermería en la Universidad de Jaén. A la primera de ellas, por todo el intercambio de información y experiencias que me proporcionó en los orígenes de este trabajo; y a la segunda, por su disposición constante tanto para compartir conmigo su experiencia en la lucha contra la mutilación genital femenina en Burkina Faso, como por su colaboración en las jornadas sobre mutilación genital femenina durante tres años consecutivos he tenido el placer de coordinar cuya incidencia en la elaboración de este trabajo es incuestionable.

También deseo dar las gracias a las médicas de Medicusmundi Andalucía África Caño y Carmen Robles, por su implicación en la lucha contra la mutilación genital femenina y el conocimiento que me han sabido transmitir sobre las consecuencias de esta costumbre ancestral en el cuerpo y salud de la mujer.

A Silvia Bustamante y Mariola Bernal y a todo el equipo de infancia de la Escuela de Salud Pública de Andalucía, por su disposición y apertura para conseguir un espacio para la mutilación genital femenina y trasladar así las inquietudes en este trabajo.

A Hassan y a Lola Fernández de Fundación Euroárabe, por su constante colaboración.

Les debo mucho a mis amigos y amigas, Ana Venegas, Paco Martínez, May Satmoon, Ester Rodríguez, Sebastiano de Francis, Maru Gutierrez, Glenda Fermín, Estanislao Naranjo Infante, Javier Contreras, Antonio de Diego, Tono Cano, Nuria Ortega, Amelia Morales, Lola Ros, Inma Gallardo, Mireia, Mamadou Dia, Nizar Liemlahi, Mounia Ben Sbih, Sebastián de la Obra, Saido Diallo, Xavier Otazu, Francisca Serrano, entre muchos más cuyos nombres me reservo para no extenderme demasiado. Pero ellos saben quiénes son.

A todas las mujeres africanas con las que he tenido la gran satisfacción de hablar, por su discreción y la dignidad con la que me han hablado de esta costumbre.

A mis alumnas migrantes de los cursos de esfuerzo e integración en Granada Acoge, porque ellas supieron con mirada cómplice comprender mi inquietud por este delicado tema; sus nombres quedan en mi memoria de forma inalterable.

A todas las mujeres y hombres que han luchado contra la mutilación genital femenina, por la dignidad y el respeto entre seres humanos. A la memoria de mi abuela, mi abuelo y mis tías-abuelas, por ser la semilla del aprendizaje y el compromiso por un mundo más justo e igual.

Y por último, quiero agradecer enormemente a mi familia su compañía y su comprensión. Para ellos no tengo palabras, por haber comprendido mis largas horas de ausencia por la dedicación que este trabajo ha supuesto. Gracias a mis queridos padres, Ana y Juan Manuel, por su ejemplo y su constante aliento; a mis queridos hermanos, Juanma, Ernesto y Umayya, los mejores acompañantes que la vida podía regalarme. Y a la pequeña Gianella, que con sólo seis meses ha venido para llenar de luz nuestras vidas.

A todos ellos y ellas, gracias.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN Y OBJETIVOS.....	1
METODOLOGÍA	10
ABREVIATURAS.....	11

PRIMERA PARTE

LA LUCHA CONTRA LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL CONTEXTO LEGAL E INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. Concepto de mutilación genital femenina: terminología y connotaciones más allá de su nombre	13
2. El Origen de la MGF	16
3. Mutilación genital femenina y religión	19
4. La mutilación genital femenina en el mundo	22
5. La mutilación genital femenina en España	25

CAPÍTULO II. MARCO LEGAL INTERNACIONAL: MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y DERECHOS HUMANOS.

1. Consideraciones generales sobre el tratamiento de la MGF por la comunidad internacional	27
1.1. Dimensión internacional	29
1.2. Instrumentos legales de alcance internacional	30
2. Marcos jurídicos y normativos regionales	35
2.1. África.....	35
2.2. América del Sur.....	37

3. La regulación en la Unión Europea.....	40
---	----

CAPÍTULO III. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL DERECHO PENAL EUROPEO COMPARADO

1. Derecho Penal Europeo Comparado.....	45
1.1. Tipificación penal genérica.....	46
1.2. Tipificación penal expresa.....	47
2. Toma de postura: una reflexión sobre la lucha internacional contra la mutilación genital femenina.....	52

SEGUNDA PARTE

TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

CAPÍTULO IV. INTRODUCCIÓN A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Regulación en el ordenamiento jurídico español.....	55
1.1. Prevención y protocolos de actuación de la MGF.....	56
1.1.1. Primeras medidas preventivas.....	56
1.1.2. El Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la MGF de 2015.....	57
1.1.3. Protocolos autonómicos.....	59
1.1.3.1. Cataluña.....	59
1.1.3.2. Aragón.....	60
1.1.3.3. Navarra.....	62
1.2. Otras herramientas de prevención.....	64
1.3. Toma de postura.....	69
2. La mutilación genital femenina y la violencia de género.....	71

2.1. La mutilación genital femenina en las leyes autonómicas sobre violencia de género	73
2.2. Toma de postura	76

CAPÍTULO V. LAS LESIONES COMO MARCO GENERAL DEL DELITO DE MUTILACION GENITAL.

1.1. Consideraciones previas.....	79
1.2. El tipo básico y el concepto de lesión	80
1.3. Evolución histórica de las lesiones hasta la reforma penal de 2015 ...	84
1.3.1. Las lesiones en el Código Penal de 1995	86
1.3.2. Las lesiones tras la reforma del Código Penal de 2015	88

CAPÍTULO VI. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. El bien jurídico-penal.....	97
2. El bien jurídico protegido en las lesiones	98
3. El bien jurídico protegido en el delito de MGF	103
3.1. Cuestiones previas. Puntualizamos hacia la delimitación del bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina.....	103
3.1.1. Garantías constitucionales de la protección penal en el delito de mutilación genital femenina determinantes en la delimitación del bien jurídico protegido.	105
3.1.2. Las consecuencias del ritual “ablación” en la salud de la mujer.....	110
3.2. La mutilación genital femenina y el bien jurídico dignidad de la persona	118
3.2.1. La dignidad de la persona como bien jurídico: concepto y doctrina	118

3.2.2. La vinculación entre la tortura y la MGF: la necesaria puesta en común para la determinación del bien jurídico protegido.....	121
3.2.3. Afectación de la práctica de la MGD al bien jurídico dignidad de la persona.....	124
4. Mutilación genital femenina y los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexual.	126
4.1. El bien jurídico libertad sexual en la MGF	126
4.2. El bien jurídico indemnidad sexual y MGF	136
5. Toma de postura.....	141

CAPÍTULO VII. EL DELITO DEL ART. 149.2 CP.

Antecedentes

1. Consideraciones preliminares.....	143
2. La incriminación de la MGF anterior a la LO 11/2003.....	145
3. La evolución del delito de mutilación genital: toma de conciencia, primeras iniciativas legislativas y tramitación parlamentaria de la LO 11/2003.....	150
3.1. Toma de conciencia.....	150
3.2. Primeras iniciativas legislativas	151
3.3. La LO 11/2003: tramitación y aprobación	160
3.3.1. Tramitación parlamentaria.....	160
3.3.2. Aprobación	163

Análisis del tipo objetivo

1. La delimitación de la conducta típica	164
1.1. Consideraciones previas.....	164
1.2. Comportamiento activo: la acción de mutilar genitalmente	165
1.2.1. La MGF concepto.	166
1.2.2. Tipos de mutilación genital femenina.....	174

1.2.3. Exclusión en el tipo penal de la mutilación genital masculina.....	178
1.2.3.1. Paralelismo con la circuncisión masculina	181
1.2.4. Otras mutilaciones genitales femeninas. Mutilaciones aceptadas	188
1.2.5. La SAP 735/2013 de Barcelona como piedra angular en la definición del tipo penal del art. 149.....	191
1.2.6. La expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” como generalidad indeterminada de la conducta típica.....	194
1.2.7. Recapitulación y toma de postura	196
1.3. Comisión por omisión	200
1.3.1. Planteamiento	200
1.3.2. La comisión por omisión en la MGF	204
1.3.3. La respuesta de la jurisprudencia a la comisión por omisión en el delito de mutilación genital.....	210
2. Medios de Comisión	214
3. Resultado.....	215
4. La relación de causalidad.....	215
5. Los sujetos de la MGF	216
5.1. Consideraciones previas.....	216
5.2. Los sujetos en el delito de MGF.....	218
5.2.1. El sujeto activo	218
5.2.2. Persona encargada de llevar a cabo la MGF	218
5.2.3. El sujeto pasivo de la mutilación genital femenina	223
Análisis del tipo subjetivo	
1. El tipo subjetivo en la MGF. Introducción	225
2. El dolo en la MGF.....	225
2.1. El concepto de dolo y sus elementos: breves referencias	227
2.2. Clases de dolo	228
2.3. El dolo en las lesiones y en particular en la MGF.....	229
2.4. El dolo en la jurisprudencia sobre MGF	232
3. La imprudencia	236

3.1. Breves notas introductorias para su estudio en el caso de la MGF	236
3.2. Sobre la posibilidad de apreciar la imprudencia en el caso de la MGF.....	237
4. Toma de postura.....	238

CAPÍTULO VIII. EL CONSENTIMIENTO EN LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. Algunas consideraciones acerca del consentimiento	241
1.1. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o de justificación según el bien jurídico afectado	241
1.2. El consentimiento en las lesiones.....	249
1.2.1. El consentimiento en las lesiones en el Código Penal de 1995.....	249
1.2.2. Eficacia del consentimiento en las autolesiones y lesiones consentidas	249
1.2.3. Eficacia del Consentimiento en las lesiones consentidas constitutivas de delito.....	250
1.3.El consentimiento en las lesiones tras la reforma penal de 2015	250
2. Mutilación genital femenina y consentimiento	251
2.1. Consideraciones previas	251
2.2.El consentimiento en la menor mutilada.....	252
2.2.1. El derecho de las menores a ser escuchadas sobre los asuntos que les afectan con carácter general.....	252
2.2.2. La invalidez del consentimiento de la menor mutilada.....	254
2.3. El consentimiento en la mujer adulta mutilada.....	258
2.4. El consentimiento en la jurisprudencia sobre MGF.....	266
2.5. El consentimiento en “las otras” mutilaciones genitales femeninas	267
2.5.1.El punto de partida. Intervenciones rituales Vs Intervenciones estéticas	267
2.5.2. ¿A qué otras mutilaciones nos referimos?	269

2.5.3. El consentimiento informado como justificación de la antijuridicidad en las intervenciones genitales por cirugía estética	272
2.5.3.1. Consideraciones introductorias	272
2.5.3.2. Breves notas sobre los presupuestos de validez del consentimiento informado.....	274
2.5.3.3. La aplicación del consentimiento informados a los casos de cirugía estética genital	275
2.6. Toma de postura	278

CAPÍTULO IX. DELITOS CULTURALES, MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y ERROR DE PROHIBICIÓN.

1. Notas previas desde la Teoría del Delito.	283
2. El condicionamiento cultural.	285
3. Introducción y estructura.	288
4. Los delitos culturales como paradigma de las sociedades modernas.....	289
4.1. Una primera aproximación al fenómeno cultural.....	289
4.2 Derecho penal, cultura y multiculturalismo.	291
5. El error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad y tratamiento de los delitos culturales.....	295
5.1. El error de prohibición en sí.....	295
5.2. La invocación error de prohibición en los delitos culturales y concretamente en el caso de la MGF.	297
5.2.1. La invocación del error de prohibición en los delitos culturales en general.....	297
5.2.2. La invocación del error de prohibición en los delitos de MGF y su tratamiento por la jurisprudencia	300
5.2.3 Una aproximación a otras soluciones: el error de comprensión culturalmente condicionado.....	304

6. Toma de postura. Sobre la invocación del error de prohibición para resolver los casos de delitos culturales en general y en particular de MGF.....	308
6.1 El respeto a los Derechos humanos como límite infranqueable de las culturas.....	309
6.2. La Integración de los inmigrantes como criterio decisivo de interpretación, especialmente en el caso de mujeres migrantes.....	311
6.3 Sobre el Derecho penal simbólico como solución para el tratamiento del multiculturalismo.....	313
6.4 Error de prohibición en el caso concreto de la MGF	315

CAPÍTULO X. OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA CULPABILIDAD EN EL DELITO MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. El miedo insuperable.....	319
2. El estado de necesidad.....	321

CAPÍTULO XI. LA PENALIDAD EN EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. La literalidad del artículo 149.2 como marco e itinerario de la penalidad.....	325
2. La pena de prisión de seis a doce años.....	326
3. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento	330
4. Toma de postura y propuestas de lege ferenda.....	332

CAPÍTULO XII. EL ITER CRIMINIS DEL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. Tentativa	337
2. Consumación.....	340
3. Actos preparatorios	341

CAPÍTULO XIII PERSEGUIBILIDAD Y DERECHO DE ASILO.

1. MGF, principio de justicia universal y LOPJ	345
2. MGF y derecho de asilo	350
2.1.MGF y el derecho de asilo en el Derecho Internacional	350
2.2.MGF y asilo en el ordenamiento jurídico español.....	354
2.2.1. Casos de Admisión del Derecho de Asilo.....	356
2.2.2 Casos de Inadmisión del Derecho de Asilo.....	358
2.3.Toma de postura	359

REFLEXIÓN FINAL

Valoración: ¿Es el Derecho penal una herramienta idónea para la lucha contra la MGF?	361
---	-----

CONCLUSIONES	365
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	377
---------------------------	-----

ANEXOS	417
---------------------	-----

1. Presentación.

Durante una mañana de abril mientras caminaba por la playa me encontré en la lejanía una silueta que describía una armoniosa, tierna y reiterada danza. Conforme me acercaba a ella, me percaté de que se trataba de una niña de apenas doce años que se agachaba una y otra vez, recogiendo algo de la arena de la playa y lanzándolo al mar.

Me acerqué a ella intrigada y me di cuenta de que la niña recogía estrellas de mar, que habían quedado varadas en la arena como consecuencia de las mareas y las devolvía de nuevo de una en una al Océano. Extrañada, me acerqué un poco más a ella y le pregunté:

- *¿Por qué devuelves todas esas estrellas al mar?*
- *Si observas, la marea está baja y las estrellas han quedado varadas en la orilla. Si no las arrojo al agua, morirán aquí por falta de oxígeno, respondió la niña.*
- *Entiendo, le dije. Pero debe haber miles de estrellas sobre las playas. No puedes lanzarlas todas, son demasiadas y quizás no te das cuenta de que esto sucede en cientos de playas a lo largo de la costa. ¿No estás haciendo algo sin sentido?*

La niña me miró, sonrió, se volvió a inclinar, cogió otra estrella de mar y mientras la lanzaba de vuelta al mar, me respondió:

- *Para ésta sí la tuvo.*

Al día siguiente éramos dos las siluetas que describían en silencio la armoniosa, tierna y reiterada danza.

Cuento Sufi.

Anónimo

¿Por qué la mutilación genital femenina?

A principios de 2013 decidí realizar el trabajo que culminaba los cursos de doctorado, en el programa de doctorado “Derecho Penal y Política Criminal”, sobre la mutilación genital femenina y su tratamiento por el ordenamiento jurídico español en general y en especial por el Derecho penal. En aquel momento, mi inclinación hacia este tema se encontraba fuertemente motivada por la reciente experiencia en un grupo de trabajo con varias mujeres inmigrantes procedentes de África y la toma de contacto con una matrona que había realizado un amplio trabajo de campo sobre la mutilación genital femenina. Se trata de la Dra. Amparo Albiach, que actualmente desempeña su labor de médico en un hospital de la Comunidad Valenciana. A ella le debo todas las explicaciones médicas y técnicas sobre la mutilación genital femenina.

Cuando me adentré de lleno en la complejidad de la mutilación genital femenina -no sólo desde el plano teórico sino también a través del contacto con mujeres africanas- fui consciente de la imposibilidad de acabar de forma inmediata con esta práctica o costumbre ancestral que priva de derechos y libertades a muchas mujeres y niñas causando un gran desaliento y frustración.

Lejos de caer en el pesimismo que suele acompañar el incesante esfuerzo por abolir o erradicar las desigualdades en el mundo y cada una de las vulneraciones de Derechos Humanos, como jurista intenté aplicar el razonamiento que subyace mucho más allá de cualquier técnica legislativa y me sumergí en la búsqueda de una solución que fuera capaz de rebasar la rigidez del Derecho, cuya intervención entendía al mismo tiempo como inexcusable, pero no absolutamente eficaz. Debía, al menos, ofrecer una visión crítica del tratamiento jurídico que se está ofreciendo a esta cuestión, para valorar consecuentemente su eficacia e idoneidad.

Y ese fue el principal motivo que me ha llevado hasta la elaboración de la tesis doctoral que hoy presento. Primero fue la tesina, con ella abrí una línea de investigación nueva en mi trayectoria como investigadora y después llegó el gran salto a la configuración de un campo de investigación más profundo, que fuera capaz de proporcionarme un espacio único en el que encuadrar el dilema que para el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, supone enfrentarse a una práctica ancestral como es la mutilación genital femenina con todas las implicaciones que acarrea.

Paralelamente a la elaboración de la tesis doctoral, en 2014 propuse a la Fundación Euroárabe de la Universidad de Granada la celebración de unas primeras jornadas sobre mutilación genital femenina a colación del Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina, junto a la Fundación Cultura de Paz y al Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. En ellas reunimos a especialistas del ámbito médico, antropológico y jurídico relacionados con este tema. A la celebración de estas primeras jornadas le siguieron dos ediciones más, en 2015 y 2016 que igualmente tuve el honor de coordinar. Las reflexiones realizadas en ellas, así como las aportaciones de los especialistas, se convirtieron en auténticos materiales para mí, que he incorporado a este trabajo y que me permitieron una visión multidisciplinar del problema. He de decir que la perspectiva holística a la que se llega tras la puesta en común con especialistas concienciados con la erradicación de la mutilación genital femenina ha conseguido un giro en mi mirada de jurista defensora de los Derechos Humanos que en todo momento he tratado de plasmar a lo largo de este trabajo de investigación.

Recientemente, mi participación en el Primer Congreso Internacional sobre Mutilación Genital Femenina organizado por el Observatorio de Igualdad de Género de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid el pasado mes de febrero de 2017, me ha brindado una nueva oportunidad de poner en común la complejidad del tema que abordamos, esta vez junto a especialistas y expertas de índole internacional. El Congreso, cuando me encontraba con la tesis prácticamente finalizada, me ha servido para confirmar que no puede abordarse la mutilación genital femenina si no es desde un plano multisectorial o multidisciplinar, como me había propuesto a lo largo de mi

trabajo de investigación. Fruto de este enfoque ha sido la presentación en el mismo de la primera Guía Multisectorial de Formación Académica sobre Mutilación Genital Femenina, con la que se pretende incentivar la sensibilización y favorecer el intercambio de conocimientos y experiencias entre docentes universitarios, personal de investigación, expertas y expertos, administraciones públicas y organizaciones no gubernamentales pertenecientes a diversos países europeos, africanos y asiáticos.

Durante todo este tiempo, y teniendo como referencia un canon muy pequeño de jurisprudencia sobre mutilación genital femenina en nuestro país, me he repetido reiteradamente “los jueces no saben cómo resolver los casos de mutilación genital femenina”; quizás porque la complejidad del asunto trasciende las soluciones estancas que ofrece la Teoría del Delito, o porque, bajo las bases teóricas de nuestro Derecho penal siempre me he cuestionado la misma pregunta: ¿es el Derecho penal una herramienta idónea para combatir la mutilación genital femenina?

A esta pregunta -y a muchas otras- trato de dar respuesta a lo largo de todo el tiempo de investigación materializado en las páginas que siguen. Las reflexiones han sido muchas, y los debates compartidos, también, y en ocasiones tensos y diversos. Seguramente no sea posible eliminar las prácticas tradicionales perjudiciales para la mujer en un corto periodo de tiempo; pero sí es posible aportar, colaborar, si quiera a través de la investigación, una pequeña contribución, nuevas maneras de afrontar el problema y con ellas, la posibilidad de prevenir la mutilación genital femenina. Lo que en el plano jurídico supone para mí el deseo inmenso de lograr una nueva forma de abordar el problema, persiguiendo en todo caso la protección de las menores y los Derechos Humanos.

2. Objetivos y perspectivas del estudio.

2.1. Objeto de estudio.

Este trabajo tiene por objeto de estudio el tratamiento jurídico-penal de la Mutilación Genital Femenina en el ordenamiento jurídico español, optando por una perspectiva multidisciplinar y de género con atención a su dimensión internacional y a su abordaje por los diferentes ordenamientos jurídicos comunitarios e internacionales.

En nuestro país, la incorporación del delito de mutilación genital femenina a través de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, constituye una muestra evidente de la preocupación de nuestro legislador por incorporarse a la agenda internacional para la erradicación de la mutilación genital femenina en el mundo. A esta reforma del Código Penal le siguió otra de carácter procesal, dirigida a conseguir la persecución de este delito aun cuando se haya cometido fuera de nuestras fronteras, ampliando de esta manera el catálogo de delitos susceptibles de ser enjuiciados en nuestro territorio al amparo del principio de justicia universal.

Para afrontar el objeto de estudio al que está dedicado este trabajo me he encontrado con un canon no muy extenso de autores en la literatura jurídico-penal que hayan dedicado su estudio de forma expresa a la mutilación genital femenina.

Lo mismo ha ocurrido con la jurisprudencia. El canon de sentencias de los tribunales del orden penal es escaso, se reducen a cinco pronunciamientos, pero en todo caso han sido incorporadas a este estudio como catalizadoras de la solución penal con la que se está afrontado la presencia del factor cultural y étnico en el delito.

Tras muchas reflexiones y atendiendo a la complejidad y contradicciones en la que me he visto inmersa, este trabajo pretende dar respuesta a la pregunta que me hice en párrafos anteriores. Es por ello que en las siguientes páginas podrá observarse cómo el objeto de estudio gira sobre la articulación teórica del Derecho penal bajo la convicción de que no es la solución única al problema de la mutilación genital femenina; una realidad que supera con creces la problemática de un simple delito.

2.2. Contexto de estudio: el factor cultural en la determinación de la responsabilidad penal.

En la elaboración de este trabajo uno de los ejes claves sobre los que se ha pretendido encauzar la determinación de la responsabilidad penal ha sido la incidencia del factor cultural en el hecho delictivo. Más exactamente, se parte en las páginas que siguen de la consideración de la mutilación genital femenina como un delito culturalmente condicionado.

Y no podría ser de otro modo pues la escasa jurisprudencia sobre mutilación genital femenina de nuestros tribunales da cuenta de la tesitura en la que se encuentran los jueces a la hora de juzgar hechos cometidos con una base estrictamente cultural relacionada con grupos de población minoritarios.

Para que la reflexión tanto doctrinal como judicial vaya más allá de la determinación de forma cuantitativa de la responsabilidad penal de los padres de la menor sometida a mutilación genital femenina, este estudio analiza en primer lugar la -no exenta de polémica- cuestión de si la cultura de los autores del delito basado en motivaciones culturales es suficiente como causa de exención de responsabilidad penal de una conducta tipificada como delito en el Código Penal; o bien, que dicho condicionante llegue a atenuar o agravar la responsabilidad penal.

El factor cultural en el delito de mutilación genital femenina, entronca del mismo modo con la necesaria consideración de la condición de extranjero o inmigrante en nuestra sociedad de los sujetos del mismo; y a su vez, con la condición más concretamente de “mujer migrante” en el caso de la madre de la niña mutilada que al mismo tiempo ha sido víctima de la mutilación genital femenina. La valoración de tal circunstancia también se recoge en este trabajo, como criterio a tener en cuenta en el tratamiento jurídico-penal de la cuestión; aun a sabiendas de que los problemas que

plantea la inmigración exigen soluciones que en muchas ocasiones implican el riesgo de caer en consideraciones morales.

La relevancia dada al factor cultural en todo nuestro estudio viene de la certeza adquirida a lo largo de la investigación realizada: prácticamente todo el campo penal se ve cubierto por la cuestión cultural, desde la selección por el legislador de la conducta de la mutilación genital femenina como hecho que debe ser castigado hasta la aplicación de circunstancias modificativas o eximentes de la responsabilidad, así como la determinación e individualización de la pena.

2.3. El necesario enfoque de género en el objeto de estudio.

“La introducción de la perspectiva de género en Derecho, incluido el Derecho Penal, puede ser considerada como un paso de enorme importancia en la progresiva afirmación de los derechos fundamentales”¹

No podía ignorarse en este trabajo la perspectiva de género, que entiendo absolutamente necesaria en Derecho, y más exactamente en Derecho Penal, que debe actuar como freno a toda discriminación hacia la mujer.

Las tesis relativistas de las culturas nos conducen para el caso de nuestro objeto de estudio a caer en una suerte de contradicción por las que el hecho diferenciador étnico se superpone a las diferencias de género. La cuestión de la mutilación genital femenina nos alerta del riesgo que corren las mujeres, como grandes perdedoras del

¹ ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en BENÍTEZ OTÚZAR, F.: *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI, I*, Madrid, 2008, P. 66.

multiculturalismo, que con frecuencia aboga por el respeto absoluto de la diversidad, en detrimento del imperativo de la igualdad entre seres humanos. La mutilación genital femenina mutila a la mujer en muchos sentidos.

2.4. El necesario enfoque holístico: perspectiva antropológica y médica del objeto de estudio.

A lo largo de todo el trabajo se ha pretendido mantener una perspectiva holística, como exigencia que trasciende el estudio exclusivamente jurídico del amplio fenómeno de la mutilación genital femenina. La perspectiva de un análisis contextualizado y multidisciplinar ha cumplido con la elemental función de dotar al Derecho de herramientas más completas y amplias sobre las que proyectar la técnica incriminatoria y en ocasiones administrativa.

Así pues, la **perspectiva antropológica** ha sido fundamental para enriquecer las aportaciones jurídicas en cuanto que la exigencia de la investigación antropológica ha dado acceso a un amplio número de trabajos de campo sobre mutilación genital femenina. Gracias a la investigación etnográfica practicada en contextos sociales, geográficos e históricos diversos, la problemática de la ablación ha podido presentarse ante el Derecho como un auténtico fenómeno complejo y diverso, que no puede ser estudiado desde la uniformidad y la simplicidad.

En este sentido, entendiéndolo que el legislador no puede pretender un conocimiento ligero de la mutilación genital femenina, a lo largo del trabajo he intentado introducir nuevas categorías de conocimiento ya trazadas por la antropología que redunden en un verdadero planteamiento no etnocéntrico sobre el asunto y que tenga en consideración a los sujetos implicados, sus circunstancias y los contextos donde se producen las modificaciones de los genitales femeninos. Pero al mismo tiempo, este trabajo se articula sobre la base del rechazo a un relativismo extremo, no pudiendo invocarse la mutilación genital femenina al amparo de un relativismo cultural que nos suspenda de juicio y valoración de las consecuencias que esta práctica acarrea

para la salud y la vida de la mujer.

Esta perspectiva antropológica al mismo tiempo ha permitido introducir una mirada crítica a lo largo de todo el trabajo, que debe asistir al jurista en la valoración del ordenamiento jurídico vigente, por la que se venza la clásica oposición entre “nosotras/ellas” (al fin y al cabo, colonizadores y colonizados). En definitiva, se ha pretendido abandonar cualquier esquema positivista supuestamente objetivo para redundar en la necesidad de reconocer las diferencias tanto culturales como de género.

En línea con estos planteamientos, a lo largo de todo el trabajo se ha prestado gran atención al lenguaje y a las categorías establecidas para nombrar la mutilación genital femenina. Desde una perspectiva crítica, se ha abandonado la retórica y la alarma con la que se habla en nuestras fronteras sobre la mutilación genital femenina desde los medios de comunicación y el poder mediático, introduciendo un insalvable sesgo en la integración de las mujeres africanas, tratadas como “primitivas” o “bárbaras”. Para ello se propone un cambio de perspectiva, de la mano de la antropología, que presente las condiciones necesarias para escuchar a las mujeres afectadas y al mismo tiempo críticas con el reconocimiento de sus subjetividades.

Finalmente, no hubiera sido posible abordar el objeto de estudio sin la imprescindible **perspectiva médica**. Se han tenido en cuenta todos los trabajos que hasta el momento se han presentado en nuestro país y muchos de índole internacional desde el plano de la enfermería y la medicina.

Al considerarse la mutilación genital femenina como un delito de lesiones, este trabajo se ha centrado en los estudios médicos que acreditan los daños que ésta produce en el cuerpo y salud de la mujer. Así, en base a los estudios médicos, se ha determinado el alcance del resultado lesivo, en atención a los tipos de mutilación genital femenina que la Organización Mundial de la Salud ha categorizado.

La perspectiva médica ha sido de especial relevancia también en el estudio del bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina. El estudio médico de las secuelas que la mutilación genital femenina produce en el cuerpo de la mujer se ha presentado determinante para la catalogación de bienes jurídicos afectados.

Por último, el criterio médico igualmente ha sido tremendamente útil y necesario en el análisis de las nuevas formas de mutilación genital femenina aceptadas en nuestra sociedad occidental; se ha pretendido en todo momento recalcar, tanto en el caso de los rituales como de las cirugías estéticas, que el cuerpo de la mujer es diseñado según los contornos culturales de la sociedad conde conviven.

3. Metodología.

Para abordar el objeto de estudio, se han utilizado tanto fuentes bibliográficas, como los resultados obtenidos en los diferentes congresos en los que he participado, así como las jornadas que he tenido el placer de organizar; así como el trabajo de campo realizado directamente con mujeres africanas, muchas de ellas han sido mis alumnas y cuyos nombres e historias he omitido, no sólo por deseo expreso de ellas sino por el respeto a su dignidad e identidad.

Se ha evitado centrar el trabajo en fuentes exclusivamente jurídicas, pues como ha quedado justificado anteriormente, el trabajo ha pretendido alcanzar sus objetivos a través de una clara mirada holística y multidisciplinar.

Los escasos trabajos sobre mutilación genital femenina y Derecho, así como la escasa jurisprudencia sobre este tema, han dado pie a un amplio margen de investigación en el que casi todo estaba por escribir.

Así, para hacer frente al fenómeno de la mutilación genital femenina y a su tratamiento jurídico-penal, he estructurado el trabajo, en una primera parte de carácter general, de ubicación del problema y su naturaleza; y una segunda, de análisis dogmático del delito de mutilación genital femenina en el seno del ordenamiento jurídico español. El trabajo se ha armado de un total de trece capítulos.

ABREVIATURAS

AAVV: Autores varios.

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

Coor(s): Coordinador (es).

Dir(s): Director (es).

LO: Ley Orgánica.

FGE: Fiscalía General del Estado.

MGF: Mutilación Genital Femenina.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONG: Organización No gubernamental.

ONU: Naciones Unidas.

P.: Página.

Pp.: Páginas.

RAE: Real Academia Española

SAP: Sentencia Audiencia Provincial.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

UNFPA: Fondo de Población de las Naciones Unidas.

UNICEF: Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.

UNAF: Unión de Asociaciones Familiares.

PRIMERA PARTE

LA LUCHA CONTRA LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL CONTEXTO LEGAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. Concepto de MGF: terminología y connotaciones más allá de su nombre.

La mutilación genital femenina (MGF en adelante) es una práctica perteneciente a determinadas culturas y consiste básicamente en la extirpación o corte de parte o partes de los genitales externos de las mujeres².

También denominada “ablación” es principalmente una práctica tradicional con fuertes raíces ancestrales que se ve respaldada por una complejidad de significados simbólicos y culturales³. Comprende una serie de prácticas que alcanzan todas ellas a la supresión, total o parcial, de los genitales externos y que provocan problemas de salud permanentes e irreversibles a quienes la padecen, si bien bajo esa denominación se grupa un conjunto de actuaciones heterogéneas y de distinto alcance, que afecta a la salud femenina⁴.

2 Cfr. ADAM MUÑOZ, M.D, “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, en Rev. *La Ley*, nº 6460, Sección Doctrina, 2006, p.1.

3 Vid. KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017; p. 29.

4 Estas prácticas serán estudiadas con detalle en la conducta típica. Infra. Capítulo. VII.

Definir, o tratar de comprender lo que hay tras la denominación de la MGF no es tarea sencilla⁵, pues el tema de la MGF es extremadamente complejo, delicado e incluso politizado, y no puede comprenderse en atención a definiciones normativas, clasificaciones y delimitaciones geográficas⁶.

La definición más reciente con la que contamos es la que ofrece la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el pasado mes de febrero de 2017, entendiendo por MGF “todos los procedimientos consistentes en la resección total o parcial de los genitales externos femeninos, así como otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos”⁷.

Con frecuencia esta práctica ha sido denominada “circuncisión femenina” siendo esta designación errónea, ya que sugiere que el procedimiento sería similar a la circuncisión masculina cuando, en el caso de las mujeres el procedimiento invade más el cuerpo, es mucho más peligroso y tiene muchas variantes⁸. Ésta es, además, la

5 Sin embargo, un recorrido por la evolución del término me ha situado en la tesitura de ofrecer, al menos de manera uniforme un concepto uniforme para su análisis en el ámbito de la Teoría del Delito. *Infra. p.*

6 Vid. KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017; p. 30. Y desgraciadamente como se explica por la autora, generalmente los medios de comunicación difunden noticias sensacionalistas sobre la MG, lo que ha contribuido a propagar la idea de que es una práctica horrible realizada por gente “primitiva”.

7 OMS. Nota Descriptiva. Febrero de 2017.
Fuente:<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

8 Véase: ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, 2003, p. 23. En el mismo sentido: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 30. En sentido contrario, y en defensa de los niños sometidos a circuncisión masculina, el especialista SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, en su estudio “Circoncision masculine et féminine entre la religion et le droit chez les juifs, les chrétiens et les musulmans”, establece una clara diferenciación entre el tratamiento que en occidente se ha ofrecido a la circuncisión femenina y la masculina; precisamente

terminología utilizada por las posiciones relativistas, pero al mismo tiempo ha sido utilizada por las propias comunidades donde se practican, para recalcar de esta manera el carácter de rito de paso a la edad adulta, dotándolo de un fuerte sentido social y de pertenencia al grupo.

Se han presentado otras propuestas para nombrar estas prácticas, destacando, a modo de síntesis, en su evolución el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNPFEA) en 1996 con la expresión “female genital cutting” (FGG) que podría traducirse como “corte genital femenino”⁹, así como antropólogas y activistas, juristas, que han introducido una perspectiva decolonial al acto de intervenir los genitales femeninos. Éstas comprenderán desde “coperación genital femenina”¹⁰, modificaciones de los genitales femeninos”¹¹, “modificación corporal”¹², “cirugía genital estética”¹³ e “intervenciones rituales sobre los genitales femeninos”¹⁴.

porque de no ser así los sectores judíos de la población occidental recriminaría el antisemitismo de los gobiernos. Su crítica hacia las organizaciones internacionales radica en que los gobiernos remueven todos los obstáculos para la prohibición de la mutilación genital femenina pero olvidan, por el contrario a los niños varones que son víctimas de la circuncisión masculina. Fuente: <http://www.cie.ugent.be/aldeeb.1htm>

9 Traducción presentada por LA BARBERA, M^a. C.: en LA BARBERA, CM.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y tradiciones populares*, Vol LXV, n° 2, julio-diciembre 2010, p. 472.

10 Término acuñado por WALLEY en 1997, véase: WALLEY, C.: “Searching for voices: Feminism, Anthropology, and the Global Debate over Female Genital Operations”, *Cultural Anthropology*, 12, 1997, pp. 405-438.

11 Véase: FUSASCHI, M.: “Modifications génitales féminines en Europe: raison humanitaire et universalismes ethnocentriques”, *Synergies Italie*, 10, 2014, pp 95-107. Su alternativa se presenta como una manera de afrontar la ambigüedad del término “mutilación genital femenina”, cuyo uso puede ser contraproducente.

12 Vid.: EL SAFTI, M.: “Mujeres egipcias en perspectiva, ¿Derechos o prácticas?”, *Quaderns de la Mediterranea*, núm. 7, 2007, 143-148.

La entrada en las agendas de Derechos Humanos y violencia de género del término MGF se produjo a mediados de los noventa principalmente porque el Comité Interafricano sobre prácticas que afectan la salud de las mujeres y del niño (CIA) y la Organización Mundial de la Salud comenzaron a utilizarlo.

De todas las opciones estudiadas, adoptaré a lo largo de todo el trabajo que sigue el término “mutilación genital femenina” (MGF), tal y como ha sido conceptualizado por la OMS, pero siempre desde una perspectiva crítica en la determinación de las tipologías que me parecen *a priori* de una evidente valoración etnocéntrica, porque descartan y no tienen en cuenta que junto al ritual de la ablación existen otras mutilaciones genitales que son practicadas de manera habitual en nuestras sociedades como soluciones estéticas en los genitales femeninos¹⁵.

2. El origen de la MGF.

El origen de la MGF es bien desconocido, no hay constancia cierta sobre el momento concreto en el que aparece esta práctica ancestral. Es tan antigua que se remonta a miles de años atrás¹⁶.

13 Cfr.: OBERMEYER, C.: “Female Genital Surgery: The Known, The Unknown, The Unknowable”; *Medical Antropology Quarterly*, Nº 13, 1999, pp. 79-106.

14 LA BARBERA, CM.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y tradiciones populares*, Vol LXV, nº 2, julio-diciembre 2010, p. 472.

15 En el mismo sentido, ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013, p. 36.

16 Sobre el origen de la MGF destaco especialmente los trabajos de: ABDOULATIF, B.: *¿Lapidación?: mujer árabe, islam y estado*, Galicia, 2000, p. 123, ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013; y también ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *La respuesta del ordenamiento jurídico frente a la mutilación genital*

Según las investigaciones realizadas para este trabajo, descubro que la primera referencia explícita a la MGF fue introducida por Strabo, geógrafo e historiador griego, en el primer siglo a.C., en un relato sobre la circuncisión femenina en Egipto¹⁷. Y parece haber sido una práctica común a esta región, incluso con anterioridad a la aparición de la descripción del geógrafo griego.

Serán Hoskem y Tamzali quienes vinculen esta práctica a Egipto tras el hallazgo de momias del antiguo Egipto que mostraban evidentes muestras de una ablación, datadas del S. XVI a.C¹⁸, resultando más bien la vinculación de este ritual con una preparación funeraria postmortem de las momias¹⁹.

Se han encontrado contextos históricos en los que la MGF ha aparecido como una práctica habitual, por ejemplo el caso de los skopzits, una secta fundada en 1771 por Kondradtj Selivanov y que realizan la mutilación femenina y masculina; o los embera-chamí, de procedencia indígena del sur de Colombia²⁰.

femenina”, op. cit, p. 6.

17 Vid. FALCÃO, R.: “Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 33.

18 Vid. HOSKEN, F.: *The Hosken Report: Genital and Sexual Mutilation of Females*, 1982, p. 54.

19 Cfr. TAMZALI, W.: *El burka como excusa*, Barcelona, 2010, p. 57.

20 Véase, con mayor detalle: ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013, p. 50. En este sentido, la autora sostiene que los embera-chamí abandonaron la práctica de la MGF gracias a un proceso promovido por el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA) un compromiso de renuncia a la práctica de la MGF. No obstante, según informa la prensa, en el año 2012, apareció un caso de ablación a una niña embera-chamí de quien días que murió desangrada, por lo que más bien parece haberse convertido en una práctica clandestina. Puede consultarte en la agencia Europapress, bajo el titular “Muere desangrada una bebé de quince días tras sufrir la ablación del clítoris”. Fuente: <http://www.notimerica.com/sociedad/noticia-colombia-muere-desangrada-bebe-quince-dias-sufrir-ablacion-clitoris-20120501084248.html>

Y aunque parezca contradictorio, en occidente y en Europa también se dieron casos de mutilación genital femenina. La clitoridectomía fue el diagnóstico empleado en Estados Unidos e Inglaterra para tratar la histeria y la masturbación femenina ninfomanía. El diagnóstico de la clitoridectomía y la infibulación están documentadas como prácticas médicas para el control de la sexualidad en buena parte de Europa y América del Norte. Los remedios a los que con estas prácticas pretendían dar respuesta son el adulterio, el lesbianismo o la masturbación²¹.

Aunque actualmente la MGF extiende a todo el mundo, su práctica se centra fundamentalmente en los continentes africano y asiático. Por ello, existe una tendencia a creer que la MGF tiene su origen en las tradiciones islámicas. El dilema entre la religión y la cultura está latente²², si bien no podemos indicar que se trate de una práctica propia de una religión²³, más bien estamos ante una tradición perteneciente a diversas culturas, que sin embargo no pueden ser aceptadas en cuanto conculcan los derechos fundamentales de la mujer, la dignidad, la maternidad, la salud, y la sexualidad, de

21 Vid. JOHNSDOTTER, S.: “Projected Cultural Histories of the Cutting of Female Genitalia: A poor reflection as in a mirror”, en *History and Anthropology*, 2012, citado por FALCÃO, R.: “Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 33. Del mismo modo, la referencia a la clitoridectomía en Europa y Estados Unidos, véase: ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013, p. 33.

22 Véase: PANIKKAR, R., en *Paz e interculturalidad. Una reflexión filosófica*, Barcelona, 2006, p. 107.

23 Respecto del elemento relativo a la religiosidad del ritual, véase: SERRANO CÁMARA, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXX, 2014, p. 833; FACHI, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, en DE LUCAS MARTIN, F.J. (Dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 148; KAPLAN MARKUSAN, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el Derecho a la identidad étnica y de género”, en DE LUCAS MARTIN, F.J. (Dir.): *La Multiculturalidad*. CGPJ, Madrid, 2001, pp. 200-2005.

forma flagrante en aras de una mal entendida conservación de una tradición²⁴.

3. MGF y religión.

Como decíamos en el epígrafe anterior, la permanencia de la MGF en países de mayoría musulmana ha vinculado de forma automática esta práctica con el Islam. Abordar la MGF desde el ya consagrado mito de la ablación en el islam, nos sitúa en una posición previa de deconstrucción y al mismo tiempo de inmersión en el hecho religioso islámico; que debe ir en todo caso enfocada hacia una doble dirección de estudio.

En primer lugar, la inexistencia en el propio Corán de versículos que prescriban la ablación de forma expresa: no existe ningún versículo en el Corán que se refiera a la ablación femenina ni la recomiende. Y viendo los daños que implica para la salud física y psicológica, la opinión médica ha de ser prioritaria y tenerse en cuenta, según rezan los fundamentos del islam.²⁵

En segundo lugar, la interpretación que de los Hadices²⁶ se ha efectuado para legitimar la MGF.

24 En este sentido se ha manifestado ROPERO CARRASCO, J., en “El Derecho penal ante la Mutilación genital femenina”, *La Ley*, núm. 5383 de 26 de septiembre de 2001, p. 2, quien concluye afirmando que “el término cultura se asocia a otros significados valorados normalmente de forma positiva, como son el de “enriquecimiento” o el de “desarrollo”. Por esta razón si se admite que la mutilación genital femenina es una “manifestación cultural” de un determinado pueblo o grupo social, se podría llegar a creer que su persecución constituye una forma de atentado contra la “cultura” de los pueblos o de los grupos que la practican.

25 Cfr: MONTURIOL, Y. *El islam y los Derechos Humanos*, Córdoba, 2010, p. 97.

26 Los Hadices en el Islam son los dichos del profeta.

Partimos en este segundo caso, con la introducción de un Hadiz que viene a relacionar la MGF con la circuncisión masculina, como un mero ritual de paso²⁷. Esta corriente interpretativa parte de una intención clara de resaltar que para el Islam la circuncisión en la mujer es una simple retirada de la piel que cubre el clítoris sin llegar a más, como ocurre en el caso de la circuncisión masculina que es el corte del prepucio que recubre el glande del pene²⁸.

Junto a este Hadiz, aparecen otros que han sido considerados falsos por sabios de primer nivel como Ibn Hayar, Al Bujari, Abu Dawud, Al Baihaqi, Ibn Al Mundir, Ash-Shawkani como falsos, como los dos siguientes²⁹:

“Recórtalo pero no lo cortes, porque esto es mejor para ella y más favorable para

27 Véase: VIDAL CASTRO, F.: “Mutilación genital femenina e islam en África negra subsahariana: mitos y realidades”. *V Congreso Virtual sobre Historia de las Mujeres*, octubre 2013, p. 8. Concretamente, el hadiz que se interpreta como favorable a la ablación, es la apertura de otros cuantos. Véase: Así “La excisadora (al-jāfi a) es la circuncidadora y [se usa en frases como:] 'Excisó (jafa a) a la muchacha', 'Le practica una excisión (yajfi u-hā jaf an)'. Es como la circuncisión (al-jitān) para los muchachos. Y [también existe la forma] 'La hizo excisar (ajfa at)'. Se dice: 'Le practicó una circuncisión al niño (jafa a al- abiyj jaf an)', [que quiere decir que] lo circuncidó (jatana-hu). Así, pues, se utiliza para los hombres, pero lo más usual es que la excisión (al-jaf) se aplique a la mujer y la circuncisión (al-jitān) al niño y de esta manera se dice, para la muchacha, 'Fue excisada(jufi at)' y para el muchacho 'Fue circuncidado (jutina)'. También se ha llamado al circuncidador (al-jātin) [con el término] jāfi , pero no es muy frecuente. El Profeta, Dios lo bendiga y salve, dijo a Umm ‘A iyya: 'Cuando excises (jafa ti), quita ligeramente (ašimmī)', es decir, si circuncidas (jatanti) a la muchacha, no le arranques de raíz (tas aī), pues la excisión es la circuncisión de las muchachas” (Ibn Man ūr [196-ī]: s. v. jf).

28 Ibidem., p. 8.

29 Sobre la importancia de conocer estos Hadices, así como la introducción de los mismos habló DE DIEGO GONZÁLEZ, A., en la conferencia “Aspectos filosóficos y antropológicos de la mutilación genital femenina”, impartida en la Fundación Euroárabe en las I Jornadas sobre Mutilación Genital Femenina, organizadas por SecretOliveo junto a la Fundación Euroárabe y la Fundación Cultura de Paz, pronunciada en Granada, el 6 de febrero de 2014.

el marido”.(Mu`yam al-Tabarani al-Awsat)

“La circuncisión es recomendable para los hombres y algo honorable para las mujeres”. (Musnad Ahmad)

Sin embargo, en el Islam es destacada la prevalencia de la vivencia y el gozo sexual, que descartan la MGF como una práctica legítima pues de lo contrario menoscabaría la posibilidad de la mujer de disfrutar de su sexualidad. Véanse los siguientes dos hadices.

“Que ninguno de vosotros asalte a su mujer bruscamente. Transmitidles un mensaje”. Y le preguntaron al Profeta: “Pero, ¿qué mensaje?” Y él respondió: “El del abrazo, el de la íntima conversación”³⁰.

“Cuando desees hacer el amor con tu mujer, no te precipites porque la mujer (también) tiene necesidades (que deben ser satisfechas)”³¹.

De los hadices anteriores, en los que se detecta un posicionamiento en contra de la MGF cabe deducir que el Profeta mostró un rechazo evidente por la práctica de la ablación en mujeres y que, al mismo tiempo, orientó la doctrina del Islam hacia la persecución del placer sexual como un disfrute en doble dirección; de manera que la mujer tuviera la oportunidad de experimentarlo en el mismo sentido que el hombre. La condena del Profeta hacia la MGF resulta respaldada por la ausencia en el texto coránico de referencias expresas a esta práctica ancestral.

En general, el Islam se enfrenta al mito de la MGF con un sector minoritario dentro de su doctrina que la promulga y pone en práctica. Concretamente las escuelas jurídicas ortodoxas la consideran generalmente una práctica recomendada y con escasa

30 Hadiz transmitido por Fairouz ad-Delami.

31 Hadiz transmitido por Iman ‘Ali.

trascendencia en las obras jurídicas islámicas³². No obstante, es manifiesto que la doctrina mayoritaria del Islam además de prohibir la MGF, tiende a su mitigación y limitación en las interpretaciones de hadices que han sido transmitidos de forma errónea o falsa.

4. La MGF en el mundo.

Son prácticamente 30 países de África subsahariana en los que se practica la MGF, así como en partes de Oriente Medio (Kurdistán Iraquí y Yemen) y Asia (e ciertas regiones de India, Malasia e Indonesia, entre otros)³³. Pero lo cierto es que no se puede hacer una generalización de los grupos étnicos que viven en estos países, pues no todos ellos siguen el mismo procedimiento. Como señala la antropóloga Kaplan, “por ejemplo Gambia tiene una prevalencia de MGF que Senegal, país vecino en el que está geográficamente inserto. Esto se debe a que la población mandica, que constituye el 42% de la población de Gambia, presenta una prevalencia de MGF del 96,7%, mientras que en Senegal los wolofs, que no practican la MGF a gran escala, constituyen el 42% de la población senegalesa”³⁴.

Pero como se ha apuntado anteriormente, la MGF no sólo se practica en África. En Malasia e Indonesia la práctica se realiza en un entorno médico, siendo así mismo identificada y documentada en Omán, en la India en los Bonhra y en Colombia³⁵, en la

32 LÓPEZ ORTIZ, J.: *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, p. 109.

33 Vid. FUNDACIÓN WASSU-UAB: ¿Dónde se practica la MGF? <http://www.mgf.uab.cat/esp/mgf.html#where>

34 KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Geografías de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 66.

35 Sobre la práctica de la MGF en Colombia, véase: UNFPA Colombia: “La MGF continúa siendo

étnica de los emberá-chamí³⁶.

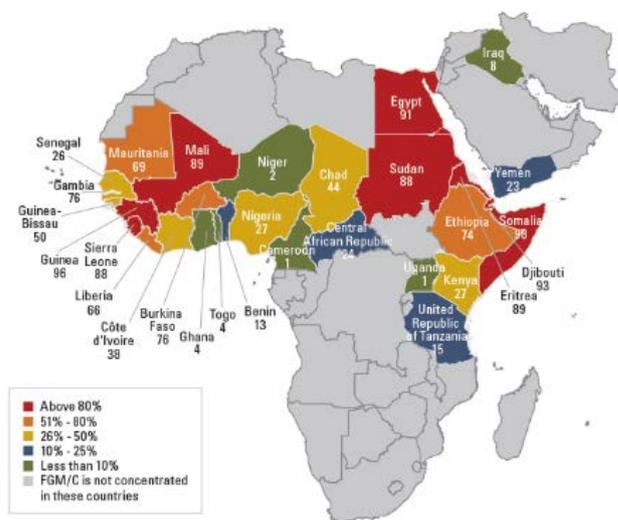
El siguiente mapa muestra el porcentaje de países en los que la MGF se practica y sus índices de prevalencia.

Mapa 1: Porcentaje de niñas y mujeres de entre 15 y 49 años que han sido sometidas a MGF, por países, en África y Oriente Medio³⁷.

un reto para Colombia”, de donde se puede observar cómo a pesar de la inclusión de la prohibición de la MGF en las agendas de violencia contra la mujer, es una práctica que aún perdura en el tiempo. Así, destaca en la noticia: bajo el acuerdo de que “la cultura debe generar vida y no muerte”, en el 2012 se logró la declaración pública de las autoridades indígenas Embera, a través del Consejo Regional Indígena de Risaralda – CRIR, de la suspensión de este tipo de prácticas, con el consecuente compromiso de trabajar en procesos de difusión interna de esta decisión, de formar a las mujeres para que conozcan sus derechos y los de sus hijas, y a las parteras para que renuncien a realizar la práctica, además de fortalecer la medicina tradicional y apoyar el liderazgo de las mujeres. Estos compromisos siguen vigentes. Sin embargo, la decisión de las comunidades Embera de Risaralda aún necesita ser incorporada en su totalidad por parteras y líderes, y no es extensiva al resto de los pueblos Embera del país; por tanto, se requiere que el país destine mayores recursos para fortalecer este compromiso y llegar a las más de 16 zonas donde se encuentran los embera. <http://colombia.unfpa.org/es/noticias/mutilaci%C3%B3n-genital-femenina-contin%C3%BAa-siendo-un-reto-para-colombia#sthash.sVr1E4NE.dpuf>

36 Sobre la prevalencia de la MGF en otros lugares distintos de África, véase: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Geografías de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 66; En el caso de la MGF en Omán, véase: ALHIANI, H.: *Female Genital Mutilation in the Sultanate of Oman*, <https://stopfgmmiddleeast.files.wordpress.com/2014/01/habiba-al-hinai-female-genital-mutilation-in-the-sultanate-of-oman1.pdf>

37 FUENTE: UNICEF 2013. Base de datos mundial 2014. https://www.unicef.org/media/files/UNICEF_FGM_report_July_2013_Hi_res.pdf



Sin embargo, se trata de una realidad también presente actualmente en Occidente, debido a los flujos de población, que arrastran la costumbre de la MGF allá donde se producen los nuevos destinos migratorios: el tránsito de una práctica local hasta convertirse en global explica que la MGF se despliegue en la diáspora llegando a las fronteras de Europa, Australia, Estados Unidos de América.

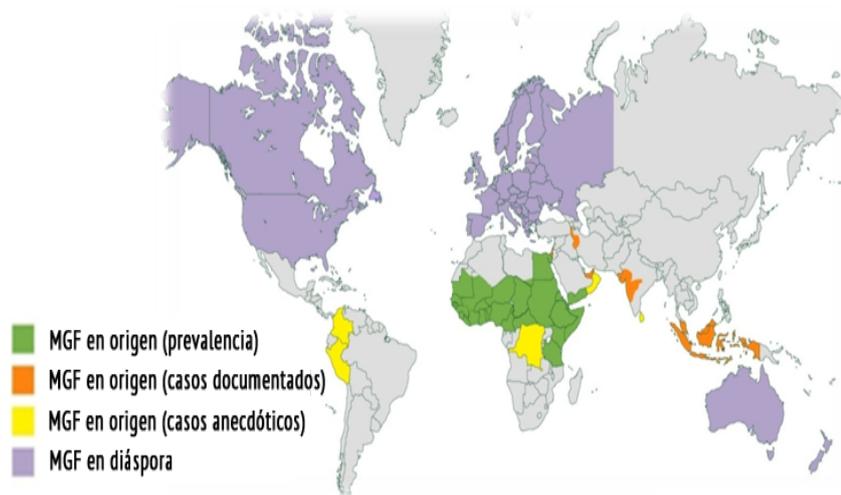
No existen datos oficiales sobre el número exacto de mujeres y niñas que sufren MGF en Europa, aunque se estima en unas 500.000, además de otras 180.000 mujeres y niñas en riesgo de ser sometidas a esta práctica todos los años, según datos del Parlamento Europeo³⁸.

A continuación, se presenta un mapa donde se ha detectado presencia de MGF³⁹.

38 Vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Mutilación genital femenina: todavía 29 países siguen practicando esta forma de violencia contra las mujeres y las niñas”, 5 de febrero de 2015. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mutilacion-genital-femenina-todavia-29-paises-siguen-practicando-esta-forma-de-violencia-contra/>

39 Fuente: FUNDACIÓN WASSU-UAB: ¿Dónde se practica la MGF? <http://www.mgf.uab.cat/esp/mgf.html#where>

Mapa 2. La MGF en el mundo.



Fuente: Fundación Wassu-UAB, 2013

Nota: Europa es considerada una única región geográfica, independientemente de que cada país sea destino de migrantes procedentes de comunidades en donde se practica la MGF.

5. La mutilación genital femenina en España.

Aunque en España se detectaron algunos casos de mutilación genital femenina practicados en Cataluña en el año 1993 y, posteriormente, en Palma de Mallorca en 1996, no existen pruebas fehacientes de que se hayan realizado más mutilaciones en nuestro país. No obstante, sí se han detectado casos de inmigrantes mutiladas, especialmente en Cataluña y Andalucía⁴⁰.

Cada cuanto año, se actualiza el mapa de la MGF en España que localiza, geográficamente y demográficamente a las mujeres provenientes de países en los que se

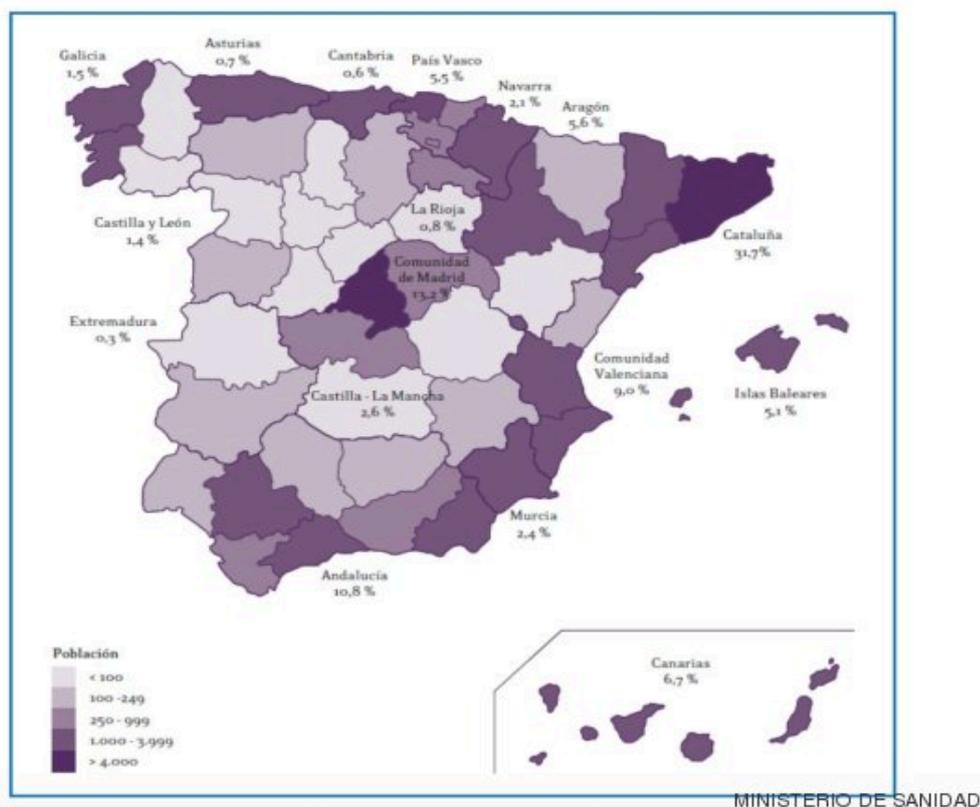
40 KAPLAN A.; LÓPEZ GAY, A. 2012. *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España*. Fundación Wassu-UAB. P 20.

práctica. Es una herramienta que permite realizar comparaciones en el tiempo de los movimientos migratorios⁴¹.

A continuación, el mapa de la mutilación genital femenina en España.

Mapa 3. La mutilación genital femenina en España⁴².

Distribución territorial de la población femenina procedente de países donde se practica la MGF



41 Véase: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Geografías de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 67.

42 FUENTE: KAPLAN, A. y LÓPEZ, A.: *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012*, UAB, Ballaterra. Antropología Aplicada 2. Servei de Publicacions, Barcelona, 2013.

CAPÍTULO II MARCO LEGAL INTERNACIONAL. MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y DERECHOS HUMANOS.

1. Consideraciones generales sobre el tratamiento de la MGF por la comunidad internacional.

Actualmente la MGF se ha convertido en una preocupación de índole internacional⁴³, en un verdadero problema agravado por el flujo de corrientes migratorias hacia Europa y el resto de continentes.

En la actualidad la MGF es una realidad que afecta al menos a 200 millones de niñas y mujeres que viven en 30 países han sufrido la mutilación genital femenina, según un informe estadístico publicado la víspera del Día Internacional de Tolerancia Cero con la Mutilación Genital Femenina del pasado 6 de febrero de 2016⁴⁴.

Pero lo cierto es que la MGF ha estado prácticamente atrapada en debates sobre poder, administración y legitimidad cultural. Las tensiones han estado presentes siempre en la agenda de la MGF a nivel mundial, resultando que durante décadas se ha intentado diseñar políticas y programas de sensibilización promovidos por actor de naturaleza institucional como individual. Habrá que esperar al S. XX para que la MGF pase del debate en sede médica a una cuestión de Derechos Humanos. Así, se puede decir que la historia sobre las agendas de las MGF se ha caracterizado por grandes cambios

43 De esta noticia se ha hecho eco el diario *AMECOPRESS* puede consultarse en: <http://www.amecopress.net/spip.php?article11736>

44 Información proporcionada por UNICEF con ocasión del Día Internacional Contra la Mutilación Genital Femenina, el 5 de febrero de 2016. Se trata de la última cifra de mujeres afectadas por la MGF con la que contamos en la actualidad. Fuente: <https://old.unicef.es/sala-prensa/200-millones-de-mujeres-y-ninas-son-victimas-de-la-mutilacion-genital-femenina>

marcados por la práctica, significado y valor que ha experimentado a lo largo del tiempo, desde una vertiente más individual así como por parte de las comunidades; pero sin duda, como señala Falçao, “está también especialmente influenciada por la evolución de los marcos de interpretación a través de los cuales ha sido analizada y percibida y de los instrumentos legales disponibles para combatirla”⁴⁵.

La comunidad internacional ha reaccionado en un doble sentido: por un lado, se han incentivado las acciones preventivas, y por otro lado, se han previsto mecanismos sancionadores, siendo el Derecho penal el cauce empleado en el entorno europeo.

El Parlamento Europeo en el año 2001 lanzó de manera directa un mandato a los estados miembros con una política clara de prevención y actuación a través de la Resolución de 20 de septiembre de 2001 sobre mutilaciones genitales⁴⁶. A partir de entonces, la mayoría de los países miembros de la Unión han empleado el Derecho penal como herramienta sancionadora. Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, como veremos más adelante.

Todo ello desde el prisma de la perspectiva de género⁴⁷ y desde la protección internacional de los Derechos Humanos⁴⁸, que constituyen el objeto de protección tanto

45 Cfr. todo el párrafo con: FALCÃO, R.: “Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p.p 34-35.

46 A través de esta Resolución, el Parlamento Europeo condena de forma tajante las mutilaciones genitales femeninas por ser una violación de los derechos humanos y pide a los Estados Miembros que adopten todas las medidas informativas, preventivas, penales, administrativas, y de cualquier índole, para luchar contra la ablación.

47 El Parlamento Europeo, a través de la mencionada Resolución, aporta una concepción amplia de la violencia de género, esto es, “la violencia contra la mujer abarca, aunque sin limitarse a ellos, actos como la violencia física, sexual y psicológica que se produzcan en la familia, en particular la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer”, reconduciendo como puede verse a la MGF al ámbito de la violencia de género.

48 Para conocer el alcance de la MGF desde el plano de los Derechos Humanos, véase *La mutilación genital femenina y los Derechos Humanos. Inbibulación, excisión y otras prácticas cruentas*

en de las normas internacionales como de las propias instituciones europeas. La preocupación internacional por el problema de la MGF se verá reflejada, además, en una serie de iniciativas internacionales promovidas por diferentes organismos que han elaborado un auténtico programa de medidas preventivas, muy en la línea del Derecho internacional en esta materia.

Se debe señalar que resulta inabarcable un estudio pormenorizado del Derecho penal comparado, por ello entiendo necesario centrar este trabajo en los países más cercanos a nuestro entorno geográfico. El recorrido legislativo del contexto europeo será imprescindible para entender la reforma de nuestro Código Penal y valorar en qué medida la solución propuesta por el mismo es la más adecuada para afrontar el problema de la MGF en nuestro país.

1.1. Dimensión internacional.

El carácter internacional del problema tiene su causa en las corrientes migratorias que explican cómo este fenómeno de la MGF afecta no sólo al país donde se practica, como hemos señalado en la introducción. La sensibilidad de la comunidad internacional con la MGF y con sus víctimas, es el motivo por el que desde el plano institucional se hayan ofrecido respuestas y que las distintas organizaciones internacionales, encabezadas por Naciones Unidas se hayan pronunciado directamente al respecto.

de iniciación, AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2005, P. 36-40. También en CUADRADO RUIZ, M^a A. “Violence against women. Forced marriages”, en VII IFCCCLGE, Beijing, 2015, Paper Collection pp. 235, 236-240; la misma, “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E.; *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2016.

Ante este panorama, han sido numerosas las campañas que se han llevado a cabo para sensibilizar a la sociedad e incidir en la prevención. Destaca como nota en común del movimiento internacional contra la MGF -tanto en el plano normativo como en la actividad de sensibilización de algunas organizaciones internacionales- el enfoque de género con el que este asunto es tratado. No es baladí que las víctimas sean mujeres y que además sean objeto de consecutivas violaciones a sus derechos fundamentales.

Interesa conocer el alcance de los instrumentos legales que se han ido articulando a nivel internacional para luchar contra la MGF y la correspondiente violación de derechos de la mujer. Éstos junto a las acciones que se están llevando a cabo por organizaciones e instituciones internacionales, constituyen la respuesta internacional a la MGF. De ahí que para abordarlo de manera sistemática, distingamos; de un lado, los instrumentos legales de alcance internacional -entre los que incluiremos los propios del continente africano-; y por otro lado, las acciones llevadas a cabo al respecto.

1.2. Instrumentos legales de alcance internacional.

El texto por excelencia sobre el que se fundamenta la no discriminación de la mujer lo constituye la **Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer hecho en Nueva York**⁴⁹. En su artículo 5 lanza un mandato a los Estados a fin de “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la

49 Ratificado por el estado español mediante Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, publicado en BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, páginas 7715 a 7720. Vid. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>

inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Se debe señalar positivamente la previsión por la Convención de un órgano encargado del cumplimiento de la misma. Así, el artículo 17 prevé la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵⁰. Como fruto del trabajo del Comité cabe destacar de entre sus Recomendaciones Generales, la número 14 y la 19, que abordan directamente la MGF y su erradicación⁵¹.

Unos años después, se aprueba la **Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer** de 1993. Introduce una concepción amplia de la violencia hacia la mujer, abarcando la violencia que se efectúa en el ámbito privado, y en lo que respecta a la MGF, impide a los estados, en su artículo 4, invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación” de procurar eliminar la violencia contra la mujer⁵².

50 Según el propio texto de la Convención el Comité estará compuesto en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos.

51 En la Recomendación General Número 14 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se recomienda que los Estados partes adopten medidas apropiadas y eficaces para erradicar la práctica de la circuncisión femenina. En la Recomendación General Número 19 del Comité, se señaló que las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada al hombre o se le atribuyen funciones estereotipadas, perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como los matrimonios forzados, los asesinatos por aportar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. El Comité recomienda que los Estados parte adopten medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles y disposiciones de reparación, para proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia. En su Recomendación General Número 24, el Comité recomienda específicamente que los Estados partes promulguen y apliquen efectivamente leyes que prohíban la mutilación genital femenina y el matrimonio de niñas.

52 Véase: Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1286>

Posteriormente se celebra la **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1995** que elabora un Plan de acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño cuyo producto son varias Resoluciones de la Asamblea de Naciones Unidas,⁵³ en las que se manifiesta que la MGF constituye una de las formas más gravez de violencia contra la mujer y es atentatoria de los derechos fundamentales.⁵⁴

Importante es mencionar la **Convención sobre los Derechos del Niño**⁵⁵ si tenemos en cuenta que la MGF se practica en edades tempranas de las niñas, o incluso en bebés. Este instrumento es vinculante y aborda de forma expresa las prácticas tradicionales perniciosas de violación de Derechos Humanos. En su artículo 19 obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo. Nos interesa especialmente para el caso de la MGF el art. 24.3 que establece: “los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”⁵⁶.

53 En el Informe de la Conferencia se concreta la protección de las mujeres y de las niñas de forma genérica, donde cabe entender introducida la MGF en su punto 9, ante el compromiso de garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

54 En todas ellas se insta a los Estados miembros a que ratifiquen el Convenio de Nueva York de 1979 y a que establezcan medidas para su erradicación.

55 En el seno de la Declaración del Niño, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Número 4, insta vivamente a los Estados partes a que elaboren y apliquen “leyes encaminadas a cambiar las actitudes predominantes y a abordar las funciones y los estereotipos en relación con el género que inspiran las prácticas tradicionales perjudiciales” y a que protejan a los adolescentes contra las prácticas tradicionales perjudiciales, como son los matrimonios precoces, las muertes por cuestiones de honor y la mutilación genital femenina.

56 En este sentido, y como puede leerse en el Informe *Hoja de datos: Mutilación/escisión femenina* elaborado por UNICEF “en algunos casos las niñas prefieren someterse a la mutilación/escisión genital femenina que confrontar las consecuencias sociales que se derivan de no aceptar la tradición. En tales

La **Declaración de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones**, viene a establecer en su artículo 5.5 que la práctica de la religión o convicciones donde se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral integridad.

Por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** introduce medidas para que los gobiernos por sí mismos garanticen el disfrute de estos derechos en él recogidos y se eliminen las falsas creencias elaboradas con la MGF y la salud.

El **Programa de Acción de la Conferencia Internacional de la ONU sobre la Población y el Desarrollo** del Cairo de 1994, es importante en lo que a la MGF concierne pues se incide en la relación entre derechos humanos y salud reproductiva⁵⁷ y se insta a los gobiernos a que prohíban la MGF allí donde se produzca⁵⁸.

Más adelante, en 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Resolución sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, vino a enfatizar la necesidad de promulgar leyes y adoptar todo tipo de medidas nacionales que prohíban las prácticas tradicionales y perjudiciales entre ellas la MGF.

casos, proporcionar a las niñas los conocimientos sobre las alternativas puede servir para habilitarlas a fin de que se protejan a ellas mismas y a sus hijos. También es preciso formar a los varones sobre las consecuencias negativas de la mutilación/escisión genital femenina sobre la salud genética de la niña y las consecuencias para la sociedad de la práctica de medidas”. Véase el informe completo en: <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>

57 Sobre los efectos de la MGF en la salud reproductiva, véase el trabajo efectuado por KAPLAN MARCUSAN, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, DE LUCAS MARTÍN, J. (Dir.), núm. 6, 2001, pp. 197-199.

58 Véase: Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994, párrafo 4.22.

Esta misma idea fue reforzada en 1999 y se reafirmó en dos resoluciones posteriores, en las que la Asamblea General instó a los Estados Miembros “a que preparen y apliquen leyes y políticas nacionales que prohíban las prácticas tradicionales y consuetudinarias perjudiciales para la salud de la mujer y la niña, incluida la mutilación genital femenina, entre otras cosas, adoptando medidas apropiadas contra los responsables, y que establezcan, si no lo han hecho, un mecanismo nacional concreto encargado de la aplicación y la vigilancia de la legislación, el cumplimiento de la ley y las políticas nacionales”.

La **Resolución de la Asamblea General 56/128, de 2002, sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias**⁵⁹ que afectan a la salud de la Mujer o la Niña, de contenido similar a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, pone especial énfasis en la necesidad de reforzar los Derechos humanos de las mujeres y su independencia.

En 2006, la Asamblea General se comprometió de nuevo a fortalecer, entre otras cosas, las medidas jurídicas del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. El Plan de Acción fue preparado por el segundo Seminario Regional de las Naciones Unidas sobre Prácticas Tradicionales que afectan la Salud de las Mujeres y los Niños, celebrado en Colombo (Sri Lanka) del 4 al 8 de julio de 1994. Este Plan fue aprobado por la resolución 1994/30 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías⁶⁰.

59 En el mismo sentido cabe destacar la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2002/26 recordando su resolución 2001/13, de 15 de agosto de 2001, por la que afirmando una vez más que la mutilación genital femenina es una práctica cultural que afecta profundamente a la salud física y mental de las niñas y las mujeres que son víctimas de ella. Y concretamente en el Punto 5 hace un llamamiento a la comunidad internacional para que dé apoyo material, técnico y financiero a las organizaciones y grupos no gubernamentales que estén resueltos a lograr la erradicación total de esas prácticas culturales que son perjudiciales para las niñas y las mujeres.

60 Cfr: ONU-MUJERES, *Suplemento del Manual de Manual de Legislación sobre violencia contra la Mujer*, 2011, p. 9.

En 2007, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer aprobó una Resolución relativa a la erradicación de la MGF, en la que se destacó la importancia de promulgar legislación para hacer frente a esa práctica y se exhortó a los Estados Miembros a que tomaran todas las medidas necesarias para proteger a las niñas y a las mujeres de la MGF, incluso promulgando y haciendo cumplir leyes para prohibir ese tipo de violencia y poner fin a la impunidad. También se instó a los Estados Miembros a que examinaran y, según procediera, revisaran, modificaran o derogaran todas las leyes, normas, políticas, prácticas y usos que discriminaran a la mujer o que tuvieran efectos discriminatorios en su contra, en particular la MGF⁶¹.

2. Marcos jurídicos y normativos regionales.

2.1. África.

En la región de África es a partir de la década de 1990 cuando comienza a articularse un marco normativo para luchar contra la MGF. La **Carta Africana sobre Derechos y el Bienestar del Niño**, aprobada en 1990 y en vigor desde 1999, lanza un mandato a los Estados partes para adoptar todo tipo de medidas que sean necesarias para eliminar prácticas sociales y culturales perjudiciales que afecten al bienestar, la dignidad y el crecimiento del niño. Debe entenderse incluida en estas prácticas perjudiciales la MGF⁶².

61 Véase: Resolución 51/2 de 2007 de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas, párrafo. 9, 10 y 12; y también: ONU-MUJERES, *Suplemento del Manual de Manual de Legislación sobre violencia contra la Mujer*, 2011, p. 9.

62 Véase: artículo 21.1 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del niño, en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/8025.pdf?view=1>

Posteriormente a la Carta Africana, en 1998 la Organización de la Unidad Africana aprueba la **Declaración de Addis Abeba** sobre violencia contra la mujer, en ella se propugna la promulgación de leyes nacionales contra la MGF con el objetivo contundente de instar a los gobiernos africanos a que se aseguraran para el año 2005 la erradicación completa de esta práctica o la reducción drástica de su incidencia.

Un año después, en 1999, los Estados miembros de la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (UEMAO), aprobaron la **Declaración de Uagadugú**. Esta nueva Declaración recomienda la aplicación efectiva de la Declaración de Addis Abeba por medio de la promulgación de leyes nacionales que condenen la práctica de la MGF⁶³.

En 2003, la Unión Africana aprueba el **Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, relativos a los derechos de la mujer en África. En él se recoge el compromiso de los Estados partes de adoptar cuantas medidas legislativas y de cualquier otra índole sean necesarias para prohibir y sancionar todas las prácticas perjudiciales que afecten a los derechos humanos de la mujer, incluida la MGF en todas sus formas⁶⁴.

Finalmente, creo conveniente destacar la **Carta Africana de los Jóvenes**, aprobada en 2006, en la que también se obliga a los Estados partes a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar las prácticas sociales y culturales perjudiciales que afectan al bienestar y a la dignidad de los jóvenes, en cuyo ámbito debe incluirse a las jóvenes que han sufrido MGF.

63 Cfr. AGIRREGOMEZKORTA IBALUZZEA, R.B. (DIR): *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, editado por PAZ Y DESARROLLO ONGD, p. 44.

64 Véase: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/africa/CAFDH/1981-CAFDH.htm>

2.2. América del Sur.

En la región de América del Sur se aprobó en 1994 la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer** (Convención de Belem do Pará).

Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para suprimir prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer. Debemos entender incluida la MGF como una de tales prácticas contra la dignidad de la mujer, aunque Colombia sea el único país de América donde se practica la MGF⁶⁵.

En algunos países como Argentina, Puerto Rico, Chile, México, Paraguay, Cuba y Perú, se ha sancionado en sus respectivos códigos penales el castigo a cualquier tipo de pérdida de un miembro o mutilación, aunque no se haga referencia expresa a la MGF. De esta manera la MGF queda protegida, pues tiene cabida en el tipo de lesiones que en ellos se recoge.

Concretamente, el Código Penal cubano en el Capítulo VII, “Lesiones”, dentro del Libro II, contempla como lesiones graves, según el art. 272.2, “las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, o dejan deformidad, estar incapacidad o cualquier otra secuela anatómica, fisiológica o psíquica”, pudiendo quedar incluida la MGF bajo la genérica sanción de las lesiones.

De forma muy parecida, el Código Penal argentino, en la regulación que practica de las lesiones (artículos 89 a 94) hay cabida para considerar las secuelas de la MGF dentro de las modalidades previstas. Por ejemplo, en el art. 89 cuando señala “se

65 Noticia recogida en *El País*, 8 de febrero de 2015. En el mismo sentido, “Ablación genital en Colombia es una realidad por afrontar”, *El Mundo*, 5 de febrero de 2015.

impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código”. Por su parte, el art. 90 prevé la reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro. Cierra el cuadro el art. 91 que establece la imposición de reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

En el Código Penal chileno se contempla, en la línea de los anteriores, una genérica sanción de la mutilación de cualquier miembro del cuerpo, de forma literal, en su art. 396, se refiere a “cualquier otra mutilación maliciosa de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba o la mutilación de miembros menos importantes”.

En el caso de México, se observa la ausencia de referencias a la mutilación de forma genérica, como en los anteriores casos. Debemos acudir al artículo 288 de su Código Penal que introduce un concepto de “lesión” abarcable tanto a heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, así como a toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

Del mismo modo, Perú contempla en su Código Penal una regulación pormenorizada de las lesiones, dentro de la que se extiende el genérico concepto de mutilación de un miembro un órgano principal del cuerpo al caso particular de la MGF. Todo ello en el artículo 121.2 del mismo, en el que expresamente se castiga al que “causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. Se consideran lesiones graves:(...). Las

que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente”.

En el caso de Puerto Rico, su Código Penal, utiliza idéntica fórmula que los anteriores códigos penales mencionados para sancionar de forma genérica la mutilación. En el artículo 108 del mismo, dentro de los delitos contra la integridad corporal, hace alusión de manera expresa y peculiar a las “lesiones mutilantes”. Así, “si la agresión ocasiona una lesión mutilante, será sancionada con pena de reclusión por un término fijo de quince años. Se entenderá como lesión mutilante, el ocasionar un daño permanente en cualquier parte del cuerpo a una persona, desfigurar el rostro o inutilizar permanentemente su capacidad para oír, ver o hablar”.

Finalmente, en Colombia, país donde se tiene constancia expresa de la práctica de la MGF, se aprecia, sin embargo, la ausencia de una regulación de la mutilación en general en el ámbito de las lesiones como venía ocurriendo en el caso del resto de países. No obstante, debemos entender incluida la MGF en el capítulo dedicado a las lesiones. Concretamente, en el Libro II, Capítulo III, art. 111 de las lesiones personales: “el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”.

3. La regulación de la Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea la defensa de los derechos fundamentales de las personas se extiende a los casos de MGF que se dan en sus Estados a consecuencia del arrastre de tradiciones culturales por los flujos de migración, entre ellos España.

Como respuesta al ataque a estos derechos fundamentales la Unión Europea ha adoptado una serie de medidas con la finalidad de combatir la MGF, las cuales comienzan en 1986 con la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio sobre “agresiones a la mujer”⁶⁶. En su artículo 47 referido a “Mujeres pertenecientes a minorías”, dice expresamente que “lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros”; pide urgentemente a las autoridades nacionales de 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.

Posteriormente, el Parlamento Europeo en su Resolución de 10 de julio de 1997 sobre la Mutilación Genital femenina en Egipto⁶⁷, emite un pronunciamiento sobre lo acontecido en Egipto en relación con esta práctica como consecuencia de que el Tribunal Administrativo de El Cairo anulara la orden del Ministerio de Sanidad egipcio de julio de 1996 en la que se prohíbe la práctica de la ablación en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. El Parlamento Europeo, desde ese momento apoyará la decisión del Gobierno egipcio y de su Ministerio de Sanidad de recurrir la sentencia del Tribunal Administrativo de El Cairo y la continuidad de su campaña, contra tan horrible costumbre. Asimismo, insta a los Estados miembros a perseguir a quienes realicen estas prácticas, a conceder asilo a las

66 Véase: DOCE, Serie C, núm. 176. p.p 73 y ss.

67 Véase: DOCE, Serie B 4-0655/1997 de 10 de julio de 1997.

mujeres que lo soliciten por esta causa y a UNICEF a que relance la campaña contra la mutilación genital femenina.

Seguidamente, el Parlamento Europeo emite una Propuesta de Resolución sobre la Mutilación Genital Femenina en el año 2000, en la que considera que esta práctica constituye “un atentado gravísimo a la salud psíquica y física de las mujeres y de las jóvenes y que ninguna motivación de naturaleza cultural o religiosa la puede justificar. Constituyen una violación de los derechos fundamentales de las mujeres y de las niñas, sancionados por numerosas convenciones internacionales y reconocidos como principios fundamentales de la Unión Europea, en tanto que espacio de seguridad, libertad y justicia”; por este motivo invita al Consejo, a la Comisión y a los Estados Miembros, entre otras acciones, a “tratar las mutilaciones genitales femeninas como un crimen contra la integridad personal”.

Importante fue también la primera conferencia sobre MGF celebrada en julio de 1998 en Göteborg, organizada por la Unión Europea para poner en común los problemas y casos de MGF que se estaban produciendo en el seno de la Unión.

En la Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo de 25 de octubre de 2001 se denuncia en el apartado V la utilización de prácticas culturales y tradicionales como la MGF, y en el *considerando* 3 manifiesta que “dentro de la Unión Europea, la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas o tradiciones opuestas o no compatibles y no se admitirá que bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos”. Por último, en su núm. 31 *in fine*, “pide a todos los Estados miembros que adopten una legislación contra cualquier práctica que ponga en peligro la integridad física y psíquica de las mujeres, como la ablación del clítoris”.

De elevadísima importancia, la **Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre las mutilaciones genitales femeninas**, por medio de la cual, condena fuertemente la MGF por ser una violación de los Derechos Humanos y pide a los Estados Miembros que adopten todas las medidas, informativas, preventivas, penales, administrativas, etc., para hacer frente a las mismas. La Resolución es

contundente y en ella se insta a considerar como delito cualquier forma de MGF, con independencia de que se haya dado o no algún tipo de consentimiento por parte de la víctima, y castiguen a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de las modalidades de MGF sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña.

Ese mismo año, el Consejo de Europa aprobó la **Resolución 1247 sobre la MGF**, en ella se pide a los Estados miembros que promulguen legislación específica que prohíba la MGF siendo considerada esta práctica como una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de la mujer.

Un año después, en 2002, el Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa aprobó la **Recomendación Número 5 sobre la protección de la mujer contra la violencia**. En ella se establece una definición de la violencia contra la mujer como cualquier acto violento por razón del género, incluidos, entre otros, la MGF. Se recomienda a los Estados miembros que procedan a revisar su legislación y sus políticas para garantizar a las mujeres el reconocimiento, disfrute, ejercicio y protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En marzo de 2009, el Parlamento Europeo aprobó la **Resolución 2008/2071 sobre la lucha contra la MGF en la Unión Europea**. En ella se incide en la petición a los Estados miembros de adoptar todo tipo de disposiciones jurídicas específicas sobre la MGF o que, en el marco de sus legislaciones vigentes, persigan a quienes realicen la práctica de la MGF. Se pide también a los Estados miembros la imposición de penas que sancionen las graves lesiones corporales resultantes, y que hagan todo lo posible para conseguir el mayor grado de armonización entre las leyes vigentes en los 27 Estados miembros.

En abril de 2009 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una resolución por la que invitó a los Estados miembros a adaptar su legislación nacional

para prohibir y sancionar los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y cualesquiera otras violaciones de los derechos humanos por razón de género⁶⁸.

Ante este marco general de protección propiciado por el Parlamento Europeo, en Europa han sido varias las fórmulas jurídicas empleadas para la condena y/o tipificación penal de la MGF: unos países han optado por promulgar leyes penales especiales a extramuros del Código Penal para prohibir y penalizar su práctica (leyes penales *ad hoc*); otros han modificado sus legislaciones penales para incluirla como delito autónomo en el Código Penal, y otros por el contrario, han preferido optar por no tipificar expresamente esta conducta, aplicando tipos penales ya existentes para condenar a quienes la realizan.

68 Comunicado de prensa del Consejo de Europa (2009), “PACE calls for prohibition and penalisation of gender-based human rights violations”, 28/04/2009; disponible online en: <http://assembly.coe.int/ASP/Press/StopPressView.asp?ID=2168>

CAPÍTULO III. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL DERECHO PENAL EUROPEO COMPARADO.

1. Derecho Penal Europeo Comparado.

En este apartado es preciso realizar una distinción de la regulación penal específica sobre MGF y la no específica; diferenciación que entiendo imprescindible si tenemos en cuenta que algunos países no regulan expresamente la MGF como una tipología del delito de lesiones, mientras en otros se contempla de forma expresa como una tipología de lesiones graves. Lo cierto es que existe una tendencia generalizada a tutelar penalmente a las víctimas de MGF, con la correspondiente toma de conciencia en la sociedad⁶⁹.

Sin embargo, resulta prácticamente inabarcable un estudio exhaustivo de cada uno de los países europeos, por lo que nos centraremos en aquellos que por cercanía a

69 Véase: ADAM MUÑOZ, M.D, en *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, 2003, pp. 59 y ss., la autora una vez ha realizado un recorrido legislativo por el ámbito de la Unión Europea, alude a la organización más activa contra la ablación la cual se denomina Grupo de Hombres y Mujeres africanos y europeos para la Abolición de las Mutilaciones Genitales Femeninas (GAMS), que se encuentra en Bélgica, y está presidida por la senegalesa Khadidiatou Diallou. Esta organización se halla integrada por médicos, enfermeros, agentes sociales y abogados y forma parte del denominado Comité Interafricano que agrupa a veintisiete países que luchan contra esta práctica y que es la que ha dado el apoyo a una comisión del Parlamento para que en el marco de una nueva ley sobre protección de menores introduzca en el Código Penal un artículo que castigue la ablación. Información Obtenida del Centro Reina Sofia para el Estudio de la Violencia. Foro Mundial de Mujeres contra la Violencia, celebrado en Valencia en noviembre de 2000.

nuestro entorno, se han pronunciado de forma expresa o bien no específica sobre la MGF y su regulación penal.

1.1. Tipificación penal genérica de la MGF.

Entre los países que no cuentan con una tipificación específica de la MGF se encuentran **Alemania, Finlandia, Grecia, Holanda, Francia, Suiza Irlanda, Luxemburgo o Portugal**. De la falta de regulación expresa, pueden derivarse dos dificultades. La necesidad de recurrir a la interpretación judicial para la definición precisa de los términos *ablación, mutilación y excisión*. Así, para que la lesión causada sea calificada de mutilación, hay que considerar que causa la pérdida de un órgano y de sus funciones, lo que no siempre ocurre en la MGF. La otra dificultad, es que cuando los autores son los padres de la víctima serán objeto de la aplicación de la severa pena de la reclusión a perpetuidad⁷⁰.

Nos centraremos en Francia y Suiza por la claridad con que en sus códigos penales puede apreciarse la posibilidad de sancionar la MGF.

Aunque **Francia** no cuenta con una regulación expresa de la MGF, observamos cómo en el art. 222-9 del *Code Pénal* la mutilación o enfermedad permanente es castigada con pena de diez años de prisión y multa d 150.000 euros⁷¹. Del mismo modo, el art. 222-10 1º y 2º presentan una sanción más grave en caso de realizarse en menores de 15 años, o sobre una persona especialmente débil debido a su edad, enfermedad, deficiencia física o psíquica o estado de embarazo.

70 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010. pp. 167 y 168.

71 El artículo en su versión original no traducida, establece literalmente: “les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende”.

Esta fórmula empleada por el ordenamiento jurídico francés mediante la cual el Código Penal existente cubre las lesiones ocasionadas en los genitales femeninos por rituales, ha sido valorada positivamente por algunos autores, pues la práctica judicial francesa ha demostrado que la pena impuesta es una condena condicionalmente suspendida, y por tanto, se procesa sin punir⁷². Y aunque es importante este extremo, queda claro que desde el punto de vista jurídico-penal, la MGF actualmente es criminalizada en Francia.

Por su parte, **Suiza**, es otro de los países que, en el marco de su Código Penal, castiga la MGF a través de la sanción genérica de mutilación del cuerpo o de uno de los miembros del mismo. La mencionada sanción se encuentra en el art. 122 del *Code Pénal Suisse*⁷³.

1.2. Tipificación penal expresa.

Por lo que respecta a los países que cuentan con regulación específica sobre MGF, destacamos Reino Unido, Bélgica e Italia. Veamos cada uno de ellos.

72 Véase: LA BARBERA, M^a.C.: “Inmigración, hipertrofia del derecho penal y fronteras simbólicas. Un análisis comparado de la legislación europea sobre mutilación genital femenina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 8, 2011, p. 9; en el mismo sentido, véase: WEIL CURIEL, L.: “Female Genital Mutilation in France: A Crime Punishable by Law”, en PERRY, S. y SCHENCK, C. (eds): *Eye to Eye: Women Practicing Development across Cultures*, Londres, 2011, pp. 190-197, para quien la inclinación de Francia a aplicar el derecho general a la mutilación genital femenina supone aplicar el derecho penal a todos por igual, sin distinción de edad, sexo, raza u cualquier otro extremo diferenciador, lo que para la autora es la mejor manera de garantizar el principio de no discriminación en la línea con la laicidad del sistema francés. En sentido contrario, véase: FACCHI, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11, 1998, p.155, quien ha calificada de “dura” la postura oficial francesa contra la MGF, como algo propio del “modelo francés de integración”.

73 Vid. Code Penal suisse <http://www.admin.ch>, 28-12-2004.

En **Reino Unido**, la MGF fue tipificada como delito en 1985 de acuerdo con *The Prohibition of Female Circumcision Act*⁷⁴. Se prevé pena de prisión de cinco años como máximo y multa para quien extirpe, infibule o mutile, en todo o en parte, los labios mayores, menores o el clítoris de otra persona. Si bien, en 2003, este precepto fue modificado por la Ley sobre mutilación genital femenina, elevándose la pena de prisión hasta 14 años.

Además, la protección a las menores en Reino Unido incluye leyes que protegen a las niñas en caso de MGF. En concreto, *The Children Act de 1989*⁷⁵ establece la posibilidad de que las autoridades locales adopten medidas cautelares en aquellas zonas donde existen niñas hijas de inmigrantes, como la prohibición de salida de las niñas del país sin autorización judicial, la privación de la patria potestad a los padres.

El gobierno británico es especialmente sensible con la MGF, y recientemente ha lanzado un nuevo paquete de medidas para acabar con la MGF, de la mano de la prevención y de la concienciación⁷⁶.

Por lo que respecta a **Bélgica**, introduce de manera expresa en su Código Penal la regulación de la MGF⁷⁷ en el año 2000, previamente a la entrada en vigor de la Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas⁷⁸. Circunstancia que pone de relieve la preocupación por erradicar la MGF. El Códice Pénal

74 Vid. *The Prohibition of Female Circumcision Act*: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/38/contents>

75 Véase: *The Children Act 1989* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>

76 La ministra del Interior, Theresa May, dijo en el foro Girl Summit que “con este paquete de medidas Reino Unido ha dado un paso más en el camino para dar voz a las mujeres y erradicar estas prácticas dolorosas”, según informa el diario británico *The Guardian*. Noticia de la que se hace eco Europapress, 22-7-2014. Vid: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-presenta-nuevas-medidas-acabar-mutilacion-genital-femenina-20140722141827.html>

77 El artículo 409 fue introducido en el Códice Pénal belga por la Ley de 28 de noviembre de 2000, en vigor desde el 27 de marzo de 2001.

78 Resolución 2001/2035 de 20 de septiembre de 2001, supra.

sanciona expresamente en su artículo 409 la mutilación de órganos genitales femeninos, a quien practica, favorece o facilita la MGF, con pena de prisión de 3 a 5 años.

En relación a **Italia**, tras un largo proceso de reforma del Codice Penale⁷⁹, en el 2006 se modifica el Código Penal para introducir en el artículo 583 bis, rubricado “Práctica de la mutilación de los órganos genitales femeninos”, una agravante específica para, que considera a las mutilaciones genitales como un simple acto de lesiones del cuerpo, que considera así más graves que otras formas de lesiones o mutilaciones, aunque no están claras las valoraciones en que se basa⁸⁰.

79 Véase el estudio minucioso que GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., en “La mutilación genital femenina en el contexto legal internacional. Especial referencia al Derecho Penal”, *La Ley Penal*, núm. 83, Sección Estudios, Junio 2011, p.12, realiza sobre el proceso de reforma del Codice Penale hasta introducir la MGF. En concreto, la referencia a los órdenes del día del Parlamento italiano en los que se anuncian claras intenciones preventivas. En términos de prevención y represión, en el orden del día del 26-6-1997 se vota solicitando el inicio de indagaciones cognoscitivas y de políticas de prevención para evitar la práctica de la mutilación genital. En el orden del día del 19-11-1997 se solicitan campañas de información, formación y prevención al solicitar la figura autónoma del delito. Y el 8-9-1999 un decreto prevé instituir una comisión interministerial para la definición de un Proyecto nacional contra la MGF. En este contexto, el 18-4-2003 la *Commissione di Giustizia del Senato* aprueba una Propuesta de ley nº 414 para la modificación del *Codice Penale* en materia de MGF. Posteriormente se reforma el 4-5-2004 y nuevamente se modifica el 6-7-2005. En este último texto, el art. 1 expresa la finalidad de la Ley, dictando las medidas necesarias para prevenir, contrarrestar y reprimir las prácticas de MGF que conculcan los derechos fundamentales a la integridad de la persona y a la salud de las mujeres y de las niñas. El art. 2 destaca las actividades de promoción y coordinación, correspondiendo a la Presidencia del Consejo de Ministros promover y sostener la coordinación de los Ministerios competentes para la prevención, asistencia a las víctimas y eliminación de las prácticas de MGF, recabando los datos e información a nivel nacional e internacional sobre la actividad desarrollada para la prevención y represión y sobre las estrategias de choque programadas o realizadas por otros Estados. El art. 3 propugna campañas informativas y políticas sociales, el art. 4 aboga por la formación del personal sanitario, estableciendo unas directrices generales sobre el sector, y el art. 5 contempla la institución de un número verde a los tres meses de la entrada en vigor de la Ley para recibir la información de todos aquellos que conozcan de la realización en territorio italiano de las prácticas de MGF.

80 Cfr: FACHI, A.: “El diseño de las leyes sobre MGF en Italia y la importancia de las distinciones”, en DE LUCAS, J. (Coord.): *Europa: derechos, culturas*, Madrid, 2006, p. 92.

El precepto sanciona a quien en ausencia de exigencias terapéuticas, ocasione la mutilación de los órganos genitales femeninos con la pena de reclusión de cuatro a doce años. Y se entiende por prácticas de mutilación de los órganos genitales femeninos la clitoridectomía, la escisión, la infibulación y cualquier otra práctica que ocasione efectos del mismo tipo. También, en su párrafo 2, a quien, en ausencia de exigencias terapéuticas, provoca, con el fin de menoscabar las funciones sexuales, lesiones en los órganos genitales femeninos diferentes de los indicados en el primer párrafo, de los cuales se derive una enfermedad en el cuerpo o en la mente, castigándose con la pena de reclusión de tres a siete años. La pena disminuye hasta los dos tercios si la lesión es de entidad leve. Por último, aumenta la pena en un tercio cuando las prácticas del primer y segundo párrafo son cometidas con daño a un menor o bien si el hecho se comete con fin de lucro.

Además de todo ello, el párrafo 4 considera que lo previsto en el precepto se aplica también cuando el hecho se produce incluso en el extranjero por ciudadano italiano o extranjero residente en Italia⁸¹.

En **Suecia** la Ley penal castiga la mutilación desde el año 1982. Así, la ley sueca señala que las operaciones sobre órganos genitales femeninos exteriores que se realicen con el objeto de mutilarlos o bien de producir otras transformaciones permanentes en los mismos, están prohibidas, independientemente de que se realicen con el consentimiento por parte de la mujer afectada. La pena aplicable es como máximo de cuatro años de prisión. Si concurren circunstancias agravantes específicas, como serio peligro para la vida o posibilidad de contraer enfermedad grave, la pena será de dos años como mínimo hasta diez años como máximo. Desde el año 1999 la Ley sueca permite perseguir, procesar y castigar penalmente en Suecia a cualquier residente que

81 Cfr. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal”, ADPCP, LXII, 2009, p. 531.

haya cometido este delito; sin embargo, nadie ha sido condenado por el mismo, ya que problemas de prueba, fundamentalmente, lo han impedido.

Asimismo, desde el ámbito de la ley de la protección del menor cualquier forma de mutilación genital se considera una forma de abuso y puede ser causa que justifique la intervención de la autoridad pública, retirando la tutela a los mayores. Del mismo modo, las personas relacionadas con los niños en los diferentes ámbitos tienen la obligación de denunciar los casos de mutilaciones que conozcan y aquellos casos en los que el menor se halle en situación de riesgo (médicos, enfermeras, asistentes sociales, maestros, etc.). También se han elaborado programas de información para estos profesionales y para los inmigrantes, advirtiéndoles de los peligros de estas prácticas y de su carácter delictivo. Si la mutilación se ha cometido por un ciudadano belga o por un residente en Bélgica en otro país, la acción puede perseguirse y castigarse en Bélgica.

Asimismo, desde el ámbito de la ley de la protección del menor (Ley sobre el bienestar del menor) cualquier forma de mutilación genital se considera una forma de abuso y puede ser causa que justifique la intervención de la autoridad pública, retirando la tutela a los mayores. Del mismo modo, las personas relacionadas con los niños en los diferentes ámbitos tienen la obligación de denunciar los casos de mutilaciones que conozcan y aquellos casos en los que el menor se halle en situación de riesgo (médicos, enfermeras, asistentes sociales, maestros, etc.). También se han elaborado programas de información para estos profesionales y para los inmigrantes, advirtiéndoles de los peligros de estas prácticas y de su carácter delictivo. Si la mutilación se ha cometido por un ciudadano belga o por un residente en Bélgica en otro país, la acción puede perseguirse y castigarse en Bélgica.

Toma de postura: una reflexión sobre la lucha internacional contra la mutilación genital femenina.

Tras el estudio de la realidad y origen de la MGF, no cabe más que aceptar la complejidad que acompaña a esta práctica cultural -tanto en sus múltiples facetas como contextos-. Por ello, entiendo imprescindible un ejercicio de reconceptualización y reubicación de la problemática de la MGF que nos ofrezca la posibilidad de abordarlo desde un conocimiento más profundo y holístico. Un esfuerzo fundamental para la reflexión y la coherencia en la búsqueda de una solución global.

La MGF es un problema de carácter internacional, no hay duda, porque las corrientes migratorias arrastran consigo sus costumbres. Son los actuales contextos sociales multiculturales los que caracterizan la mezcla de los nuevos tiempos. Sin embargo, no toda tradición es válida o aceptable porque “cuando infligir dolor contra un ser humano de forma gratuita y con consecuencias imborrables se convierte en una actividad reiterada, no debería considerarse una de esas tradiciones que forma parte del bagaje cultural de un pueblo, sino un síntoma que refleja los déficits de derechos de sus miembros”⁸².

A mi juicio, es lícita y absolutamente necesaria la lucha internacional contra la MGF, es decir, que los países de nuestro entorno -y en general de todo el mundo-, cuenten con instrumentos normativos y herramientas preventivas para dar una respuesta a esta práctica. Así, la reacción de la comunidad internacional en el marco amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer, en el doble sentido de establecer acciones preventivas, por un lado; y mecanismos sancionadores como el Derecho penal, por otro, se debe valorar de forma positiva. La sensibilidad de la comunidad internacional con la MGF y con sus víctimas, es el motivo por el que desde el plano institucional se hayan ofrecido respuestas y que las distintas

82 AMIRIAN, N., y ZEIN, M.: “El islam sin velo”, Madrid, 2009, p. 89.

organizaciones internacionales, encabezadas por Naciones Unidas se hayan pronunciado sobre este tema. Entiendo, a su vez, que la regulación penal tanto específica como no específica es un acierto, con las debidas matizaciones sobre el uso del Derecho penal como herramienta idónea contra la MGF⁸³.

Pese a ello, y, sin embargo, la agenda internacional contra la MGF así como el legislador europeo, suele olvidarse de algo fundamental: la opinión de las propias mujeres africanas. El silencio al que están sometidas las mujeres que sufren esta práctica, desgraciadamente sólo ha contribuido a que la lucha contra la MGF se convierta, en palabras de Ortega Sánchez, “en un instrumento del imperialismo cultural”⁸⁴. Por ello no resulta extraño que muchas mujeres africanas se hayan rebelado contra esta especie de lucha ideológica que trata de imponer una verdadera globalización de ideas.

Consecuentemente, la lucha internacional contra la MGF debe trabajar otras vías, otros senderos donde además de los avances preventivos y legislativos de nuestros ordenamientos jurídicos occidentales, sean escuchadas las mujeres africanas y en general el movimiento feminista de África, que ya trabaja contra esta tradición; tanto dentro de sus fronteras como en la diáspora, como opina la maliense Fata Maga Camara:

“¡En absoluto! Sería incluso contraproducente porque nuestra sociedad no está psicológicamente preparada para abandonar una tradición que es considerada buena y purificadora. ¿De qué serviría una ley que nadie cumpliría y que sería transgredida en la clandestinidad, como pasa en Egipto y en Senegal? **En vez de dictar leyes contra la ablación, creo que hay que optar por una vía más eficaz: la de la educación y la concienciación, a pesar de que los frutos se recojan a largo plazo. Nuestro reto es**

83 Infra. Reflexión Final. ¿Es el Derecho Penal una herramienta idónea para luchar contra la MGF?

84 Cft. ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas Fronteras de la Mutilación Genital Femenina*, op. cit., p. 204.

que la ablación femenina sea considerada como un problema de salud pública, que provoca un alto porcentaje de enfermedades y muertes.

Las organizaciones de mujeres realizan una imprescindible tarea educativa sobre todo en las zonas rurales, donde está más arraigada esta práctica. Organizan sesiones formativas, en las cuales se explican las consecuencias que la ablación conlleva para la salud de las mujeres y se desenmascaran los supuestos “efectos beneficiosos”. **La mujer, históricamente marginada y oprimida ha cumplido un papel muy importante en la defensa de la implantación de los derechos humanos. Hemos de permitir y conseguir que sea ella misma quien actúe como agente de cambio**⁸⁵.

85 AMIRIAN, N., y ZEIN, M.: *El islam y los Derechos Humanos*, Madrid, 2009, p.89.

SEGUNDA PARTE

TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

CAPÍTULO IV. INTRODUCCIÓN A LA MGF EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

1. Regulación en el ordenamiento jurídico español.

Nuestro Estado ha asumido los compromisos que conllevan la persecución de la práctica de la MGF en el marco amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer. Corresponde esa tarea al poder legislativo para dar una respuesta idónea a la MGF. Esta preocupación del legislativo se ha plasmado tanto a nivel autonómico como estatal. Si bien es cierto que el peso recae sobre el Código Penal y la LOPJ, que instrumentan el principio sobre el que se legitimará la persecución material del hecho delictivo por los tribunales españoles.

Así, dos son las leyes que pasaremos a comentar a continuación y que dan respuestas a las exigencias antes apuntadas: de un lado la L.O 11/2003, de 29 de septiembre, que modifica el Código Penal y en la que tiene lugar la tipificación de un nuevo delito de mutilación genital⁸⁶; y por otro lado, la L.O 3/2005⁸⁷, de 8 de julio, de

86 BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

87 Sobre la competencia de los tribunales españoles sobre mutilaciones cometidas en el extranjero es aconsejable acudir a ROPERÓ CARRASCO, J. “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”, Diario *La Ley*, 2001, núm 5383 de 26 de septiembre, P. 1393-141º.

modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

1.1. Prevención y protocolos de actuación en la MGF.

1.1.1. Primeras medidas preventivas.

Al margen de la tipificación penal de la MGF, en nuestro país se han implementado una serie de acciones para la prevención de la MGF, todas ellas encaminadas a la evitación de la práctica de la ablación en los colectivos de inmigrantes provenientes de lugares donde es una tradición asentada.

Las tres comunidades Autónomas pioneras en la prevención de la MGF han sido Aragón⁸⁸, Cataluña⁸⁹ y Navarra⁹⁰. Todas ellas proyectaron su preocupación por la MGF con la prevención en familias de inmigrantes que pretendían llevar a sus hijas al país de origen para cumplir con la prescripción cultural de la ablación. En los tres casos se pretende una prevención integral de la MGF a través del profesorado en el ámbito educativo y de pediatras, en el ámbito sanitario.

Previamente, con pretensiones preventivas, el Pleno del Observatorio de la Infancia aprobó⁹¹, aprobó la actualización del “Protocolo básico de intervención contra el

88 En Aragón el protocolo para la lucha contra la MGF fue aprobado con el Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres de Aragón aprobado en Consejo de Gobierno el 24 de febrero de 2004.

89 Aragón cuenta con un protocolo de actuación para prevenir la MGF desde el año 2002. Posteriormente en 2007 se ha aprobado un nuevo Protocolo.

90 A través del Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Navarra, de la Comunidad Foral de Navarra de 2013.

91 En su sesión de 9 de junio de 2014.

92

maltrato infantil en el ámbito familiar”⁹², extendiéndolo a los casos de menores de edad víctimas de violencia de género y a algunas de las determinadas formas de violencia contra las niñas. Entre ellas se encuentra la referencia a la mutilación genital femenina como una forma de maltrato infantil intrafamiliar.

Similares preocupaciones preventivas destacan en los objetivos que se propuso el Consejo de Ministros en 2014 a colación del informe del Anteproyecto de la Ley de Protección a la Infancia, introduciendo en el artículo 11 como principio rector de la actuación administrativa la protección de los menores frente a la ablación en particular, y contra cualquier forma de violencia. Las medidas preventivas son formuladas con carácter general en el ámbito administrativo cuando se establece que los poderes públicos desarrollarán actuaciones de sensibilización, prevención, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil, a través de procedimientos en los que se pretende garantizar la coordinación entre las administraciones públicas competentes.

En el estudio de los protocolos existentes, se observa cómo estas comunidades autónomas precedieron la actuación homogénea del Estado, adelantándose de esta manera a la política de prevención que debiera haberse impulsado por el gobierno español a la par que la reforma penal⁹³ o incluso con anterioridad.

1.1.2. El Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina de 2015.

En 2015 el Ministerio de Sanidad aprobó el *Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina*⁹⁴ dirigido a los profesionales de los

92 El Protocolo “Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar es de 22 de noviembre de 2007.

93 Cfr: SILVA CUESTA, A.: “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, mayo de 2016. p. 25.

94 Vid. Protocolo Común para la actuación sanitaria:

servicios sanitarios para la sensibilización a través de la formación y orientación de actuaciones homogéneas en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.

El Protocolo se articula sobre el ámbito global de la MGF, introduciendo el concepto de MGF, sus tipos, las causas y consecuencias de su práctica en la salud⁹⁵. Seguidamente, presenta las cifras de casos de MGF a nivel mundial y los países donde se practica⁹⁶.

El Protocolo se articula sobre el ámbito global de la MGF, introduciendo el concepto de MGF, sus tipos, las causas y consecuencias de su práctica en la salud⁹⁵. Seguidamente, presenta las cifras de casos de MGF a nivel mundial y los países donde se practica⁹⁶.

Respecto de las actuaciones de los profesionales sanitarios se contemplan desde una perspectiva integral, multi e interdisciplinar, abarcando tanto la atención primaria como la atención especializada (pediatría y enfermería de pediatría, personal de medicina y enfermería de familia, matronas, ginecología y obstetricia, urología), como en los servicios de urgencias, con la finalidad de procurar una coordinación de acciones y garantizar la continuidad de cuidados a la persona mutilada y a la familia.

El Protocolo cuenta con dos objetivos: por un lado, la mejora de la salud de las mujeres y niñas a las que ya se les ha practicado la mutilación genital femenina en su país de origen y por otro, la prevención y detección del riesgo de su práctica en niñas que, por su contexto familiar, están en una situación de especial vulnerabilidad. Criterios como el seguimiento personalizado y el acompañamiento de la familia en las acciones preventivas, así como la atención multi e interdisciplinar por parte del equipo sanitario en coordinación y colaboración con otros sectores (educación, fiscalía, forenses, fuerzas y cuerpos de

http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Protocolo_MGF_vers5feb2015.pdf

95 Véase, p. 6 del Protocolo.

96 Véase, p. 7 del Protocolo. La razón por la que se concretan los países es puramente para el Protocolo por razones preventivos, ya que uno de los criterios de prevención es según el país de origen.

seguridad, recursos locales, etc.), orientan las actuaciones sanitarias de forma transversal a lo largo del mismo ⁹⁷.

1.1.3. Protocolos autonómicos.

1.1.3.1. Cataluña.

El Parlamento de Cataluña aprobó en 2001 la Resolución 832/VI, de 20 de junio, de adopción de medidas contra la MGF instando a la Generalitat de Cataluña a adoptar medidas de prevención y bienestar dentro de las áreas de salud, educación y servicios sociales⁹⁸.

El Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina presenta, además de aspectos generales sobre la MGF, los motivos de atención y posible riesgo, indicadores de sospecha, consecuencias de la práctica, marco jurídico, y recomendaciones generales y de intervención.

El Protocolo presenta una tabla resumen en el que se plantea todo un circuito de actuación con los siguientes itinerarios: 1) **prevención**, a través de la formación para profesionales; 2) **detección**; 3) **atención**, con carácter urgente o no, en el que se pretende determinar si ha habido riesgo de MGF o ya se ha practicado; y 4) **recuperación**, a través

97 Véase:

http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Protocolo_MGF_vers5feb2015.pdf

98 Sobre este Protocolo se ha escrito con gran amplitud en el *Informe* “La mutilación genital femenina en España”, encargado y coordinado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género y realizado por Adriana Kaplan Marcusán, Nora Salas Seoane y Aina Mangas Llompart (Fundación WASSU UAB), pp. 45-106, 2015. Puede accederse al mismo en la siguiente página:

http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2015/pdf/MGF_definitivo.pdf

del trabajo en red de los profesionales de la salud y los servicios sociales, y ofreciendo una solución para el caso concreto de MGF⁹⁹.

1.1.3.2 Aragón.

La Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con un Protocolo para la prevención y actuación ante la Mutilación Genital Femenina cuya elaboración corrió a cargo del Gobierno de Aragón en colaboración con Médicos del Mundo y presentado en 2011 en el marco del II Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón (2009-2012), que establecía esta actividad como una de sus metas¹⁰⁰.

Este protocolo se presenta a sí mismo como “una herramienta básica para la sensibilización y formación de distintos profesionales que intervienen en la prevención de la MGF (sanidad, servicios sociales, educación, fiscalía, forenses, fuerzas y cuerpos de seguridad, etc.), para que de una manera coordinada y eficaz sepan cómo intervenir desde los distintos ámbitos de actuación, poniendo especial cuidado en la prevención y detección de riesgo”.¹⁰¹

99 Véase: *Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina*, p. 36 y 37. Vid. http://treballiaferssocials.gencat.cat/web/.content/03ambits_tematic/05immigracio_refugi/08recursosprofessionals/02prevenciomutilaciofemenina/Protocol_mutilacio_castella.pdf

100 Cfr. KAPLA MARCUSÁN, A., SALAS SEONANE, N., y MANGAS LLOMPART, A.: “La mutilación genital femenina en España”, Informe encargado y coordinado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2015, pp. 47-48.

101 Véase: Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Aragón, febrero de 2016, p.4. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/protocolo_mutilacion_2016.pdf

Partiendo de un esquema similar al protocolo estatal, define la MGF, sus tipos, cuáles son las consecuencias para la salud y detalla qué procedimientos y qué agentes se encuentran implicados en la problemática de la MGF, junto a los recursos disponibles.

Determina con claridad los ámbitos profesionales de los servicios públicos a los que se encuentra dirigido, de forma intersectorial, pero dando preferencia en todo caso a los sistemas sanitario, educativo y del ámbito de los servicios sociales.

Y seguidamente define sus objetivos. Con carácter general, la prevención y actuación ante la práctica de la MGF en Aragón. Con carácter específico, se marca los siguientes objetivos¹⁰²:

1. Sensibilizar, formar y capacitar a profesionales.
2. Potenciar la coordinación interdisciplinar.
3. Determinar la metodología de intervención a seguir desde los diferentes ámbitos de intervención.
4. Establecer mecanismos de seguimiento y evaluación de las acciones completadas en el Protocolo

La actuación para la intervención preventiva es diferenciada por el Protocolo en tres momentos: **Momento 1) Detección e Intervención con mujeres adultas** que han sufrido la MGF; **Momento 2) Detección e intervención con mujeres jóvenes, mayores de 18 años**, en riesgo de sufrir una MGF. Hijas que no tienen practicada la MGF, mayores de 18 años, que conviven con su familia y dependen de ella, que van a viajar al país de origen; **Momento 3) Detección e intervención con niñas en riesgo de sufrir una MGF**. Que a su vez diferencia entre, por un lado, niñas con factores de riesgo (pertenecen a una familia con madre o hermanas con la mutilación realizada, niñas originarias de países de riesgo), y niñas con riesgo inminente por su proximidad de viaje al país de origen.

102 Véase: Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Aragón, febrero de 2016, p.6. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/protocolo_mutilacion_2016.pdf

El Protocolo despliega su eficacia sobre la necesaria coordinación intersectorial, y parte de datos reales sobre la MGF en Aragón y los índices de riesgo en niñas de procedencia de países donde es practicada.

1.1.3.3. Navarra.

La Comunidad Autónoma de Navarra aprobó el 25 de junio de 2013 el Protocolo para la Prevención y Actuación ante la Mutilación Genital Femenina¹⁰³.

El Protocolo se marca a sí mismo como objetivo fundamental el de identificar a las mujeres afectadas o niñas en riesgo de padecer mutilación genital y coordinar las actuaciones de atención integral en la Comunidad Foral de Navarra¹⁰⁴. Para ello determina con claridad las funciones que han de desempeñar cada institución y entidad social, las orientaciones que han de seguir los expertos y responsables para la atención a las víctimas, y los itinerarios de coordinación desde la entrada de la víctima en el circuito recogido en el mismo¹⁰⁵.

103 El Protocolo fue redactado por el Instituto Navarro para la Familia y la Igualdad con la colaboración de los grupos técnicos del Acuerdo Interinstitucional para la coordinación efectiva en la atención y prevención de la violencia contra la mujer: Grupo Técnico de Prevención, Investigación y Formación; Grupo Técnico de Atención e Intervención y Grupo Técnico de Protección, los cuales pertenecen a distintos ámbitos de actuación, protección y atención en relación con las materias de educación, salud, justicia, vivienda, empleo, protección civil, medicina legal y forense. El Texto está disponible en la siguiente página web: <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D5A2548A-1603-4240-9CFD-D49E366E4C9F/257532/Protocolo25junio1.pdf>

104 Protocolo para la prevención y actuación ante la mutilación genital femenina en Navarra, p. 7. <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/D5A2548A-1603-4240-9CFD-D49E366E4C9F/257532/Protocolo25junio1.pdf>

105 Del texto del Protocolo se extrae su necesaria coordinación con otro Protocolo más genérico contra la violencia sobre la mujer, circunstancia que considero acertada y que colabora en la categorización de la MGF como una manifestación de la violencia ejercida sobre las mujeres. Así, puede leerse: “Con el objetivo de dar respuesta integral a las mujeres que sufren cualquier situación de violencia machista, este Protocolo se

Al igual que en resto de Protocolos, se establecen unos objetivos generales y otros específicos. De entre los **objetivos generales**, destaca: establecer el marco de coordinación para la prevención e intervención en la MGF, proporcionar a profesionales del sistema social, sanitario y educativo conocimientos básicos sobre la MGF, así como indicadores para la detección y pautas de actuación protocolizadas a seguir en la atención y seguimiento de los casos que puedan detectarse en Navarra. Por su parte, se prevén como **objetivos específicos** los siguientes: prevenir la MGF, en Navarra y en los países de procedencia, de niñas hijas de mujeres y hombres procedentes de países y/o etnias en los cuales se practica y que residen en la Comunidad Foral; diseñar una metodología de intervención para casos de riesgo o riesgo inminente; determinar y articular los procedimientos a seguir desde los diferentes ámbitos de intervención -social, sanitario y educativo-, para la prevención, así como para aquellos casos en los que se constata la práctica de la MGF; establecer mecanismos de seguimiento y evaluación de las acciones contempladas en el Protocolo.

Como nota destacable a lo largo del Protocolo es su acertada preocupación por establecer un marco de coordinación para la prevención a través del refuerzo en profesionales de la salud, servicios sociales y educativos del conocimiento básico sobre MGF. Para la eficaz coordinación se propone un circuito de actuaciones coordinadas ante las MGF, en donde también tiene especial relevancia el trabajo con los propios colectivos de inmigrantes implicados.

complementará y se coordinará con el Protocolo de actuación conjunta para la atención y prevención de la violencia contra las mujeres, y en él se concretan un conjunto de medidas y mecanismos de apoyo, coordinación y cooperación entre y dentro de las instituciones públicas y otros agentes implicados”.

1.2. Otras herramientas para la prevención.

Hasta ahora hemos visto los protocolos que se han ido articulando con el objetivo de establecer una política preventiva de la MGF que anteceda al Derecho, que sirva verdaderamente para erradicar la práctica de la MGF.

Junto a ellos, se han ido elaborando una serie de herramientas con la motivación inequívoca de servir de verdaderas medidas preventivas, sirviéndose de materiales como guías de información, folletos, dípticos y campañas puntuales dirigidas sobre todo a detectar aquellos casos en los que se presumía un inminente viaje de la menor con sus padres a su país de origen.

Pues bien, siguiendo a Salas Seoane¹⁰⁶, estas herramientas gravitan en torno a tres grandes ejes:

1. **Compromiso preventivo**¹⁰⁷: se trata de un documento dirigido a las familias que pretenden viajar con sus hijas menores a su país de origen, con la intención de recabar el apoyo de la Comunidad en su decisión de no mutilar a sus hijas con motivo del viaje. Mediante el compromiso preventivo los padres adquieren el compromiso de cuidar a sus hijas durante el viaje evitando la realización de la MGF. Los padres se sienten acompañados por este documento, sellado de forma oficial, que utilizan para acreditar ante su comunidad que la MGF es perjudicial para la salud de sus hijas. Se ha constatado que el uso del compromiso preventivo ha dado muy buenos resultados en Gambia, Senegal y Guinea-Bissau.

106 SALAS SEOANE, N.: “Intervención preventiva ante la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 89-94.

107 Vid. Anexo. Modelo de Compromiso Preventivo, del Protocolo Común para la Actuación Sanitaria.

2. **Posters, guías y manuales**¹⁰⁸: tanto en nuestro país como a nivel europeo se han desplegado constantes campañas sobre prevención de la MGF, algunas de ellas las veremos a continuación.
3. **La importancia del registro en el historial médico**: la MGF ha sido incluida en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10), siendo de vital importancia que sea registrada en el historial clínico para su detección o prevención. El criterio para la intervención coordinada radicará en la posibilidad de que la niña ya haya sido sometida a MGF o bien se encuentre en riesgo¹⁰⁹.

Desde el equipo investigador de la Fundación Wassu UAB de la Universidad de Barcelona dedicada exclusivamente al estudio de la Mutilación Genital Femenina, se ha presentado un trabajo que recoge la evolución de todos esos materiales¹¹⁰ que aparecen en nuestro país a partir del año 2004, y que entiendo de vital importancia, recoger en síntesis, una breve constancia de los mismos, con la pertinente actualización¹¹¹. Así:

108 A modo de ejemplo, véase en Anexo el póster desplegable presentado por FUNDACIÓN WASSU-UAB, 2015: “Compartiendo herramientas para la prevención”. http://www.mgf.uab.cat/esp/recursos_para_profesionales.html

109 Cfr. KAPLA MARCUSÁN, A., SALAS SEONANE, N., y MANGAS LLOMPART, A.: “La mutilación genital femenina en España”, Informe encargado y coordinado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2015, p. 42.

110 Para Saber más de las herramientas mencionadas, véase: FUNDACIÓN WASSU-UAB, 2015: “Compartiendo herramientas para la prevención”. http://www.mgf.uab.cat/esp/recursos_para_profesionales.html

111 En la relación de materiales no consta la reciente Guía introducida por la Junta de Andalucía para la concienciación ante la MGF así como tampoco la Guía Multisectorial de formación académica sobre mutilación genital femenina, presentada el pasado mes de febrero de 2017.

Año 2004

Aparece la primera guía editada en nuestro país sobre MGF, denominada **“Mutilación genital femenina: Guía de prevención y atención”**, publicada por la Associació Catalana de Llevadors junto a la Divisió de Antropologia de la Universitat Autònoma de Barcelona¹¹². La propia guía se marca un amplio objetivo “proporcionar conocimientos antropológicos, sanitarios, sociales y jurídicos sobre la MGF y permitir a los/las profesionales de la salud, de la educación y del campo social, intervenir de manera efectiva, reflexiva y profesional en la prevención de la MGF con la población africana residente en España”¹¹³, recogiendo un amplio listado de recursos así como teléfonos de interés.

Año 2006

Se edita por el Institut Català de la Salut la guía para profesionales **“Mutilación Genital Femenina. Prevención y atención”**¹¹⁴. Junto a este manual, se publica la Guía breu de la Mutilació Genital Femenina¹¹⁵.

112 La guía fue coordinada por la Dra. Antropóloga Adriana Kaplan y la matrona y pedagoga Cristina Martínez Bueno, en el marco del proyecto europeo IDIL-Daphne: Instruments to Develop the Integrity of Lasses. El texto íntegro se recoge en la siguiente dirección: http://carei.es/wp-content/uploads/guia_mutilacion_genital.gu%C3%ADa-profesionales.pdf

113 Véase: “Mutilación genital femenina: Guía de prevención y atención”, 2004, p. 6.

114 La guía fue elaborada por el Grupo Interdisciplinar para la Prevención y el Estudio de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales (GIPE/PTP) de la Universitat Autònoma de Barcelona. Véase el texto: <http://www.laxarxa.com/societat/actualitat/salut/noticia/l-institut-catala-de-la-salut-edita-una-guia-sobre-la-mutilacio-genital-femenina>

115 Véase, en este sentido, la noticia recogida en el diario local La Xarxa, de fecha 11/08/2006, bajo el titular: “L’Institut Català de la Salut edita una guia sobre la mutilació genital femenina” <http://www.laxarxa.com/societat/actualitat/salut/noticia/l-institut-catala-de-la-salut-edita-una-guia-sobre-la-mutilacio-genital-femenina>

Año 2008

La Junta de Andalucía publica la guía “**Mutilación Genital Femenina: más que un problema de salud**”¹¹⁶, marcándose como objetivo informar sobre la mutilación genital femenina ante su desconocimiento. A su vez, pretende sensibilizar a la población y a los profesionales sobre esta materia, aspecto que entiende fundamental para lograr la erradicación de esta práctica, no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista real y efectivo. La guía recoge a modo ilustrativo la experiencia preventiva contra la MGF llevada a cabo en Burkina Faso a cargo de la ONG Medicusmundi Andalucía.

Año 2010

Se publica por la Universitat Autònoma de Barcelona el manual “**Mutilación Genital Femenina. Manual para Profesionales**”, fijándose como objetivo ofrecer una revisión multidisciplinar de la situación de las MGF, su significación antropológica, sus implicaciones asistenciales, legales y preventivas, desde un abordaje analítico, propositivo y prospectivo, de manera que sea una herramienta útil para los y las profesionales en contacto con la población en riesgo¹¹⁷.

116 El manual fue elaborado por la Junta de Andalucía en colaboración con la Asociación Andaluza de Matronas, Medicusmundi Andalucía y el Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE). El texto íntegro, ya tenido en cuenta a lo largo de este trabajo, se recoge en el siguiente enlace: http://bbpp.observatoriovioencia.org/upload_images/File/DOC1237830001_Guia1peq.pdf

117 Véase: *Mutilación Genital Femenina: manual para profesionales*, p. 8. El manual es publicado en el contexto del "Observatorio Transnacional de Investigación Aplicada a Nuevas Estrategias para la Prevención de la MGF. Un enfoque circular Gambia-España. La iniciación sin mutilación". El texto íntegro se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4864&tipo=documento>

Año 2011

En el año 2011 aparecen publicadas dos nuevas herramientas:

- Por un lado, **“La mutilación Genital Femenina. Guía Práctica”**¹¹⁸, editada por la ONG Paz y Desarrollo con la colaboración del Centro de Estudios e Investigación sobre las Mujeres de Málaga (CEIM) y cofinanciado por el Ayuntamiento de Málaga. La guía pretende ofrecer una síntesis de iniciativas y un reconocimiento a la labor que se viene realizando en el marco de la A/MGF, teniendo en cuenta los recursos, apostando por un abordaje multidisciplinar de la MGF.
- Por otro lado, se publica la guía **“La Mutilación Genital Femenina en España. Prevención e Intervención”**, editada por la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), con la colaboración de la Dirección General de Migraciones y el Fondo Europeo para la Integración¹¹⁹. De esta guía, que viene a ser en el contenido similar a las anteriores, revisa el contenido sanitario a través de la participación de Médicos del Mundo de Aragón.

Año 2016

La Junta de Andalucía publica en colaboración con la Asociación de Mujeres Entre Mundos la **“Guía para la concienciación sobre mutilaciones genitales femeninas”**¹²⁰, presentándola como una contribución a una mejor comprensión de la realidad que supone la mutilación genital femenina en nuestro entorno sociocultural y ofrecer una herramienta de intervención que pueda resultar de utilidad a las y los profesionales del ámbito social,

118 Véase: “La mutilación Genital Femenina. Guía Práctica”: http://carei.es/wp-content/uploads/guia_mgf_paz-y-desarrollo.pdf

119 Véase su contenido: “La Mutilación Genital Femenina en España. Prevención e Intervención”, <http://unaf.org/wp-content/uploads/2015/10/Guia-MGF-2015.pdf>

120 Véase: “Guía para la concienciación sobre mutilaciones genitales femeninas”, Junta de Andalucía, 2016.”. http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/publicacion/16/06/Guia_Mutilacion_Genital_Femenina_0.pdf

sanitario o educativo, especialmente. La guía se asemeja a las anteriores en cuanto al contenido, sentando las bases de la información básica sobre mutilación genital femenina y proponiendo un abordaje multidisciplinar desde el ámbito social, sanitario y educativo.

Año 2017

El pasado mes de febrero de se ha presentado en Madrid la **“Guía Multisectorial de Formación Académica sobre Mutilación Genital Femenina”**¹²¹ en el Primer Congreso Internacional sobre Mutilación Genital Femenina organizado por el Observatorio de Igualdad de Género de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid el pasado mes de febrero de 2017, con la que se pretende incentivar la sensibilización y favorecer el intercambio de conocimientos y experiencias entre docentes universitarios, personal de investigación, expertas y expertos, administraciones públicas y organizaciones no gubernamentales pertenecientes a diversos países europeos, africanos y asiáticos¹²².

1.3. Toma de postura.

En relación a la prevención de la MGF en nuestro país, he de introducir una crítica en un doble sentido: negativa y otra positivo.

Comenzando por la primera, considero que la creación del Protocolo de actuación común sanitaria para la MGF publicado por el gobierno en 2015, debe valorarse de forma positiva. Si bien, su tardía aparición, doce años después de la introducción del tipo penal

121 La guía es uno de los resultados del proyecto “Multisectoral Academic Programme to prevent and combat FGM/C”, un proyecto piloto cofinanciado por la Comisión Europea y liderado por el Observatorio de Igualdad de Género de la Universidad Rey Juan Carlos. El Texto íntegro se recoge en el siguiente enlace: <https://mapfgm.eu/wp-content/uploads/2017/04/Guia-Castellano.pdf>

122 Véase: “Publicada la Guía Multisectorial de Formación Académica sobre Mutilación Genital Femenina”, Tribuna Feminista, febrero 2017, <http://www.tribunafeminista.org/2017/02/publicada-la-guia-multisectorial-de-formacion-academica-sobre-mutilacion-genital-femenina/>

para la criminalización de la MGF, evidencia un enorme desfase temporal en el que se podría haber trabajado de forma directa la concienciación social en la lucha y prevención de la MGF.

En mi opinión, el desajuste temporal entre la Reforma penal que propició la tipificación penal de la MGF en nuestro Código Penal y la aprobación del Protocolo de actuación sanitaria, no ha hecho más que situar al Derecho penal como único medio de resolución del problema, con las matizaciones que realizaré al final de este trabajo. El desafortunado margen temporal ha desnaturalizado el principio de intervención mínima y de última ratio que siempre debe acompañar al ordenamiento jurídico penal en la justificación de la intervención penal.¹²³

A pesar de la tardía aparición del Protocolo estatal, se debe considerar como un aspecto muy positivo que algunas comunidades autónomas hayan tomado partido por sí mismas en la lucha contra la MGF¹²⁴ dotando a sus profesionales de la salud, del ámbito educativo y social, de herramientas para una mejor comprensión de la problemática de la MGF.

Gracias a la implicación tanto de profesionales como de instituciones locales y autonómicas en colaboración con ONGs se han elaborado protocolos y herramientas de prevención diseñados desde la experiencia en la intervención preventiva, que han colmado de cierta manera el vacío tanto de medios económicos y materiales como de una respuesta estatal firme y uniforme en todos los años atrás hasta la aparición del Protocolo de actuación estatal.

123 Cfr. SILVA CUESTA, A.: “Mutilación genital femenina: de los Derechos Humanos a la tipificación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, mayo de 2016, op. cit. p. 26.

124 Véase, epígrafe: Protocolos autonómicos.

2. La mutilación genital femenina como manifestación de la violencia de género.

Resulta imprescindible poner en relación la MGF y la violencia de género en cuanto la práctica de la ablación se ejerce sobre la mujer por razón de su sexo. Es precisamente la premisa básica que cumple la violencia de género: violencia que se ejerce sobre la mujer por el hecho de ser mujer, que se manifiesta en una relación de desigualdad. La MGF es considerada por los organismos internacionales como una práctica constitutiva de violencia de género; en ella se produce una agresión a la dignidad de la mujer y al mismo tiempo un atentado a su integridad física y psíquica¹²⁵.

Pese a la diversidad formal con la que la MGF se practica según en qué contexto geográfico nos encontremos¹²⁶, buena parte de autores coinciden en señalar que se trata de

125 Sobre la MGF y la violencia de género, véase: VALLEJO PEÑA, C.: “La mutilación genital femenina: otra manifestación de la violencia de género”, en *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 2013, núm. 13, p. 35; de la misma autora: “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos Universidad de Jaén*, 2014, núm. 14, p. 3; MARCHAL ESCALONA, N.: “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J., y KRESSOVA, N., (Coords.): *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 2180; SERRANO TÁRREGA, M^a.D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en: REGUEIRO GARCÍA, M^a. T., y PÉREZ ALVAREZ, S. (Direct): *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014, p. 409; VIDAL GALLARDO, M.: “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, *Revista Derechos y Libertades*, núm. 34, 2016, p. 190-193; GARCIA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia familiar, delito de lesiones o violencia de género?”, *La Ley*, núm. 78, 2011, p. 9 y ss; SILVA CUESTA, A.: “Mutilación genital femenina: de los Derechos Humanos a la tipificación penal”, op. cit., p. 15 y ss; LA BARBERA, M^a.C.: “El enfoque de la interseccionalidad aplicado a las políticas para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J., y KRESSOVA, N., (Coords.): *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011.

126 Sobre el origen y caracterización de esas prácticas entre los grupos que las llevan a cabo vease, entre otros, FAVALI, L.: “Female genital mutilation: symbol, tradition, or survival?”, en *Blood, land, and sex; legal and political pluralism in Eritrea*. Indiana University Press, 2003, pp. 197-199 y 202-204; KAPLAN MARCUSAN, A.: “Salud y derechos sexuales y reproductivos en la población senegambiana: tradición, identidad e integración social”, en CHECA, F. (Coord.): *Inmigración y derechos humanos*,

una de las manifestaciones más crueles, aberrantes y discriminatorias de la violencia de género contra la mujer¹²⁷ basada en una serie de convicciones y percepciones muy arraigadas en las estructuras sociales, políticas, y, en ocasiones, religiosas¹²⁸. Sin embargo, la MGF no es puramente una manifestación de la violencia de género porque no todas las mujeres del mundo tienen la posibilidad de ser víctimas, restringiéndose el riesgo únicamente a las mujeres que pertenecen a una determinada cultura¹²⁹.

A pesar de todo, en sede parlamentaria europea se ha reconocido a la MGF como una clara manifestación de violencia contra la mujer. La *Resolución del Parlamento Europeo sobre Mutilaciones Genitales Femeninas, de 20 de septiembre de 2001*, establece que cualquier MGF “en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que supone una violación de sus derechos fundamentales”, colocando de forma invariable a la MGF dentro de los delitos pertenecientes a la categoría de violencia de género o intrafamiliar¹³⁰.

La dicotomía planteada es tratada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cierto es que el Código Penal viene a tipificar la MGF como un delito de lesiones graves¹³¹,

Barcelona, 2004, pp. 206- 211; LUCAS, B.: “Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2008 p.p. 4-10.

127 Cfr: VALLEJO PEÑA, C.: “La mutilación genital femenina: otra manifestación de la violencia de género”, en *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 2013, núm. 13, p. 35; de la misma autora: “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos Universidad de Jaén*, 2014, núm. 14, p. 3

128 Cfr: MARCHAL ESCALONA, N.: “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J., y KRESSOVA, N., (Coords): *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 2180.

129 Cfr. SERRANO TÁRREGA, M^a.D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en: REGUEIRO GARCÍA, M^a. T., y PÉREZ ALVAREZ, S. (Direct): *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014, p. 409.

130 Vid: GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto legal internacional”; op. cit, p. 48.

131 Véase artículo 149.2 CP, mencionado supra.

desmarcándolo de su relación con la violencia de género; mientras que en la legislación autonómica de algunas comunidades autónomas la MGF es expresamente considerada como expresión de violencia contra la mujer. Así nos encontramos con el siguiente mapa de leyes autonómicas, que dispensa protección a las mujeres víctimas de MGF en el marco de la violencia contra la mujer, como puede verse a continuación¹³².

2.1. La mutilación genital femenina en las leyes autonómicas.

En **Canarias**, La Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género¹³³, hace referencia expresa a la MGF, pues su art. 3.g) considera como forma de violencia de género la MGF, definiendo de forma expresa qué se entiende por MGF: “Mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos y/o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos por razones culturales, religiosas o, en general, cualquier otra que no sea de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima”.

En **Madrid**¹³⁴ la Ley 5/2005, de 20 de diciembre Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, al regular en su art. 2.g) el ámbito de aplicación recoge expresamente a la MGF “en cualquiera de sus manifestaciones”, entendiendo que la violencia de género “comprende toda agresión física o psíquica a una mujer, que sea

132 Sobre el tratamiento por las comunidades autónomas de la MGF Véase: VIDAL GALLARDO, M.: “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, Revista *Derechos y Libertades*, núm. 34, 2016, p. 190-193; GARCIA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia familiar, delito de lesiones o violencia de género?”, *La Ley*, núm. 78, 2011, p. 9 y ss.

133 Publicado en BOIC núm. 86 de 07 de Mayo de 2003 y BOE núm. 162 de 08 de Julio de 2003. Vigencia desde 27 de Mayo de 2003.

134 Publicado en BOCM núm. 310 de 29 de Diciembre de 2005 y BOE núm. 52 de 02 de Marzo de 2006. Vigencia desde 30 de Diciembre de 2005.

susceptible de producir en ella menoscabo de su salud, de su integridad corporal, de su libertad sexual, o cualquier otra situación de angustia o miedo que coarte su libertad”.

En **Aragón**¹³⁵, de forma más clara, la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón, se refiere expresamente a la MGF como una manifestación de violencia contra la mujer, omitiendo en todo momento el término violencia de género, incluyendo la MGF en su artículo 2 g) como literalmente se expresa: “mutilación genital femenina, que comprende el conjunto de procedimientos que implican una eliminación parcial o total de los genitales externos femeninos y/o lesiones causadas a los órganos genitales femeninos, por razones culturales o, en general, cualquiera otra que no sea una de orden estrictamente terapéutico, aun cuando se realicen con el consentimiento, expreso o tácito, de la víctima”.

En la **Comunidad de Murcia**¹³⁶, la Ley 7/2007, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género, de 21 de abril de 2007, bajo la rúbrica “violencia hacia las mujeres” en su Título III, Capítulo I “principios generales”, art. 40.c), incluye la MGF como una manifestación de la violencia de género: “a los efectos de esta ley, se considera violencia de género la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones”.

Finalmente, en la **Comunidad autónoma de Cataluña**¹³⁷, a través de su Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, ofrece un concepto amplio y acotado de lo que se entiende por violencia contra la mujer. Utilizando la expresión “violencia machista” da cabida a la MGF, en su art. 1 al definir el objeto de la ley prevé la “remoción de las estructuras sociales y los estereotipos culturales

135 Publicado en BOA núm. 41 de 09 de Abril de 2007 y BOE núm. 141 de 13 de Junio de 2007. Vigencia desde 10 de Abril de 2007.

136 Publicado en BORM núm. 91 de 21 de Abril de 2007 y BOE núm. 176 de 22 de Julio de 2008. Vigencia desde 11 de Mayo de 2007. Esta revisión vigente desde 18 de Julio de 2008.

137 Publicado en DOGC núm. 5123 de 02 de Mayo de 2008 y BOE núm. 131 de 30 de Mayo de 2008. Vigencia desde 03 de Mayo de 2008.

que la perpetúan”. En su art. 5. 4, d) incluye a la MGF como una manifestación de la violencia ocasionada en el ámbito social o comunitario comprensiva de cualquier procedimiento que implique o pueda implicar una eliminación total o parcial de los genitales femeninos o produzca lesiones en los mismos, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer.

A la vista de este recorrido por las distintas leyes autonómicas contra la violencia de género, observamos que la MGF ha sido incluida como una manifestación de la misma, presentando su desarrollo un panorama muy heterogéneo que nos hace pensar que junto a- la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, caminan tantas hijas pequeñas como comunidades autónomas existen, cada una de ellas con una terminología diferente para referirse a la violencia ejercida sobre la mujer. En concreto -y a lo que a este estudio interesa- el tratamiento de la MGF queda expuesto al uso indeterminado de conceptos, suponiendo un plus en la difícil delimitación y encuadre de la misma en el ordenamiento jurídico español. La disparidad en la denominación de la violencia sobre la mujer y la inclusión o no de la MGF en su ámbito, nos hace pensar que el problema se estanca en la delimitación de conceptos en Derecho que finalmente determinan su contenido.

En la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género la MGF queda excluida de forma tajante de su ámbito de aplicación, como puede desprenderse de su contenido literal: “violencia de género ejercida sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, pero no sólo en el ámbito de las relaciones de pareja se realizan actos de violencia de género”, de donde se desprende que no ha habido cabida para la inclusión de la MGF.¹³⁸

El legislador español cuando se dispuso a la aprobación de la Ley Integral para combatir la MGF en el año 2004, no tuvo en cuenta la petición del Parlamento Europeo efectuada tres años antes, es decir en el año 2001 en su Resolución 2001/2035, sobre mutilaciones genitales femeninas, por la que se pide a los Estados miembros que consideren como delito la MGF y que además enmarquen esta práctica en el ámbito de la

138 CUADRADO RUIZ, M.Á., “La Mutilación genital femenina, ¿Violencia de género?”, op.cit.

violencia de género. La Resolución conceptualiza de manera tajante la MGF como “la violencia contra la mujer abarca, aunque sin limitarse a ellos, actos como la violencia física, sexual y psicológica que se produzcan en la familia, en particular la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer”

2.2. Toma de postura.

La regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la violencia doméstica, choca frontalmente con la regulación europea que encuadra la mutilación genital femenina en el contexto de la violencia doméstica y de género. Resulta inaceptable que la normativa española de ámbito nacional encuadre la MGF únicamente en el ámbito del delito de lesiones negando su inconfundible carácter de género.

En mi opinión esta falta de atención a las prescripciones establecidas por el Parlamento Europeo no beneficia la lucha contra la MGF, que debe ir asistida en todo momento por una adecuada y uniforme respuesta legislativa de la que no pueda inferirse ningún tipo de dudas en cuanto a algo tan esencial como su vinculación con la violencia de género. Las legislaciones nacionales deben ser consecuentes con el uso de los términos y sus correspondientes consecuencias en la lucha por la igualdad¹³⁹.

Al margen de estas consideraciones, y metiéndonos en aspectos jurídico-penales en sentido estricto, se debe considerar el delito de MGF introducido expresamente en el Código Penal como una expresión del Derecho penal de género. Es decir, el delito de MGF constituye violencia de género en sí mismo considerado. No cabe duda de que el Código Penal también está protegiendo la igualdad, a modo de un bien jurídico protegido¹⁴⁰. Si bien, la consideración del Derecho penal de género como un punto clave

139 Cfr. SILVA CUESTA, A.: “La mutilación genital femenina: de los Derechos Humanos a la tipificación penal”, op. cit., p.

140 Cfr: SERRANO TÁRREGA, M^a.D.: “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 11, 2002, pp. 872 y 873; de la misma autora: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, op. cit, p. 410; ALAMO ÁLONSO, M., “Protección penal de la

para el tratamiento de conductas delictivas como la MGF no debe apartarnos del estudio de la legislación española que regula la violencia doméstica habitual o el llamado maltrato habitual, recogida en el 173.2 del CP, comprensivo de la violencia habitual en el ámbito doméstico junto a la violencia no habitual del art. 153 del CP¹⁴¹, para comprender su relación.

Desde la perspectiva jurídico-penal, cabe la posibilidad de establecer un vínculo entre el contenido del artículo 173.2 del CP y la MGF si atendemos a la lógica que recoge el precepto penal tras las sucesivas reformas que ha experimentado¹⁴².

Especialmente nos interesa el extremo de la ampliación de los sujetos pasivos de manera que el tipo penal pueda realizarse por cualquier sujeto del núcleo familiar entendido en sentido amplio¹⁴³. Y además es de especial interés el extremo de la habitualidad, que será apreciada atendiendo al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas

igualdad y derecho penal de género”, en BENÍTEZ OTÚZAR, F.: *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI, I*, Madrid, 2008, p. 89.

141 Cfr. CUADRADO RUIZ/ REQUEJO CONDE, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar, art. 153 Cp” en *Rev La Ley*, 9 junio 2000, p. 1 y ss.

142 En relación a los preceptos mencionados sobre violencia doméstica habitual y no habitual del Código Penal y su vinculación con la MGF, véase el estudio minucioso de GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., en “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?”, *La Ley Penal*, núm. 78, Sección Legislación aplicada a la práctica, 2011, pp. 2 y ss, del que han partido estas reflexiones.

143 Exactamente el artículo 173 sanciona a quien ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análogo relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del cónyuge o conviviente, o sobre los menores e incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o en centros públicos o privados.

en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores¹⁴⁴.

Al margen de la técnica penal utilizada, en mi opinión el peso cultural que subyace a esta práctica -definiéndola en todo caso como un ritual ancestral- nos desvincula de manera absoluta de su consideración como violencia de género en el sentido jurídico-penal que ésta adquiere en nuestro Código Penal. Si bien, algunos autores han considerado, que pese a su complejidad, la MGF debería ser considerada una manifestación de la violencia de género¹⁴⁵. Esta tesis viene a valorar a la víctima de la MGF como uno de los sujetos pasivos del artículo 173 del Código Penal, sirviendo el acto de la mutilación para contabilizar un hecho violento en el seno familiar que integre la habitualidad.

No obstante, y en contra de esa postura, entiendo que el carácter simbólico que adopta el Derecho Penal en el tratamiento de la MGF, no debe llevarnos a concebir la violencia de género de forma desarraigada de su contexto social y cultural, pues terminaría por convertir eventualmente las políticas para la eliminación de la violencia de género en una herramienta ideológica que daña más todavía a las personas afectadas¹⁴⁶

144 La STS de 1 de junio de 2006 manifiesta que “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo habitual que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

145 Cfr. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?”, op. cit, p. 2. CUADRADO RUIZ, M^a A., “La mutilación genital femenina ¿Violencia de género?”, op. cit.

146 Cfr. LA BARBERA, M^a.C.: “El enfoque de la interseccionalidad aplicado a las políticas para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J., y KRESSOVA, N., (Coords): *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 2193. La autora termina su intervención en un intento de alejarse de la vinculación de la MGF a la violencia de género señalando: “Desde esta perspectiva, utilizando un enfoque que mire a la intersección de género, raza cultura, y condición económica en su intersección, parece posible encontrar alternativas posibles que permitan proteger a la salud de las niñas de origen africano en Europa sin demonizar su cultura y sin crear nueva marginalización”.

CAPÍTULO V. LAS LESIONES COMO MARCO GENERAL DEL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL.

1. Consideraciones previas.

En las páginas siguientes procederé al estudio del artículo **149.2** del Código Penal, situado en el **Título III del Libro II del Código Penal**, rubricado “**De las lesiones**”, comprensivo de un elenco de conductas que cuentan con una nota en común, esto es, la lesión de la integridad corporal o la salud física o mental de las personas¹⁴⁷.

Y aunque no es objeto de esta tesis doctoral realizar un estudio pormenorizado “De las lesiones”, sino el desarrollo del artículo 149.2, conviene efectuar un pequeño paseo por el recorrido que el legislador ha previsto para el delito de lesiones puesto que dicho precepto se ubica en dicho Título III.

Se trata de un Título que pretende una regulación completa de las conductas que son tipificadas como lesiones, otorgando a los tribunales un menor margen de dificultad hermenéutica al introducirse la interpretación auténtica del elemento normativo “tratamiento médico”, como verdadera columna vertebral de estas infracciones

¹⁴⁷ Para MUÑOZ CONDE, F., en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 104, en un planteamiento similar, establece que en el Título III del Código Penal se recogen una serie de conductas cuya característica principal, como se desprende de la redacción del tipo básico del art. 147.1, es la afectación directa a la integridad corporal, o a la salud física o mental de las personas. En el mismo sentido, sobre el elenco de delitos de lesiones recogidos en el Título III del Código Penal, véase: ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords.): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, pp. 72 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2016, pp. 101 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016, p. 79.; SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, pp. 75 y ss; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2016, pp. 53-78.

penales¹⁴⁸, aún cuando ha sido criticado por algún sector doctrinal por establecer un tratamiento sustancialmente distinto a los delitos contra la integridad física.

1.2. El tipo básico de lesiones y el concepto de lesión.

En el artículo 147.1 del Código Penal se recoge la figura básica del delito de lesiones, a partir del cual se construye todo el sistema¹⁴⁹. Por ello, muchos de sus elementos típicos son comunes a otras figuras de lesiones¹⁵⁰.

En él se establece que “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Como puede observarse, la acción prevista en el art. 147.1 del Código Penal ofrece una descripción abierta sobre los modos de causación, “por cualquier medio o procedimiento”, exigiéndose un determinado umbral de resultado de lesión, que como un elemento objetivo, actúa como un elemento delimitador de las demás figuras

148 Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, J., en Comentarios al Código Penal. El propio artículo 147 plasma el criterio objetivo de la gravedad de la lesión para su sanidad, reconociendo a las claras que “la simple vigilancia o seguimiento facultativo y del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E: *Prólogo al Código Penal*, Madrid, 1995, pág. XXIII.

149 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, op. cit., p. 76.

150 Véase: ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, op. cit., p. 74.

delictivas que como tipos atenuados se presentan en los puntos dos y tres del mismo precepto¹⁵¹.

Se trata de un delito de resultado de medios indeterminados (como se ha señalado anteriormente “por cualquier medio o procedimiento”), por lo que no se presenta ningún tipo de inconveniente para acoger cualquier modalidad comisiva, incluida la comisión por omisión¹⁵².

Por otro lado, tanto el sujeto activo como pasivo, pueden ser cualquier persona, incluidos todos los sujetos respecto de los cuales se han creado tipos específicos, con los que el delito de lesiones entrará en una relación de concurso de leyes que será resuelto en favor de aquellos más especiales¹⁵³.

En cuanto al resultado típico, se hace necesario realizar dos apreciaciones fundamentales: por un lado, la fijación de un concepto de lesión mayoritariamente aceptado por la jurisprudencia y la doctrina; y por otro, la idoneidad de diferenciar entre

151 Vid. QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016, op. cit., p. 79. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords.): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, op. cit., p. 74; y también CUADRADO RUIZ, M^a.A.. “Las lesiones” en ZULGADÍA ESPINAR, J.M y MARÍN DE ESPINOSA, E, (dir) *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia 2011, p. 89.

152 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, op. cit., p. 77. El autor señala que junto a las habituales agresiones físicas directas y otras modalidades violentas, pueden provocarse lesiones por las vías más diversas: desde el suministro de un medicamento a una subasta tóxica, hasta la producción de trastornos psíquicos por la exposición continuada al ruido, pasando por el contagio de enfermedades o la falta de atención a unos ancianos por parte de su cuidador.

153 Cfr. ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords.): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, op. cit., p. 74, op. cit., p. 74. En este sentido, se hace referencia a los artículos 486,2, 605,2, del Código Penal para referirse a los sujetos especiales. No obstante, este apartado relativo a los sujetos, será visto con mayor detención en el capítulo correspondiente a los sujetos del delito de mutilación genital femenina.

el tipo básico de lesiones y las lesiones leves del artículo 147.2 del Código Penal para su necesaria delimitación.

Comenzando por el **concepto de lesión**, es todo menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental¹⁵⁴. Este concepto de lesión, engloba toda clase de enfermedad en sentido amplio y al mismo tiempo cualquier perturbación de la salud mental. Así, las lesiones psíquicas entrarán a formar parte de los posibles resultados típicos del delito de lesiones, que pueden estar ocasionadas tanto por actos de violencia física como por comportamientos sin incidencia corporal directa sobre la víctima¹⁵⁵.

En cuanto a la **delimitación del tipo básico de lesiones y las lesiones leves**, se trata de una frontera que ya se había planteado con anterioridad a la LO 1/2015, en los mismos términos, por ello estamos ante una cuestión que perdura en nuestro Derecho Penal como una piedra angular dentro del delito de lesiones.

Así, el resultado delictual del artículo 147.1 del Código Penal reclama que la lesión requiera para su curación de **tratamiento médico quirúrgico**, lo que obliga a desligar tal concepto del de primera asistencia. En este sentido, por tratamiento se entiende la sujeción del lesionado a un método o sistema de actos o comportamientos destinados a obtener su curación durante un periodo temporal más o menos prolongado,

154 Una aclaración necesaria es que la agresión física producida no debe producir una afectación corporal, pues en este caso se estaría hablando de un delito leve de maltrato de obra, como explica SILVA SÁNCHEZ, en op. cit, p. 77, con ejemplos como claros. Ejemplos de delito de maltrato del art. 147.3 del Código Penal: empujones, golpes, bofetadas, forcejeos, zarandeos y otros actos similares sin incidencia corporal alguna. Ejemplos de delitos de lesiones leves del art. 147.2 del Código Penal: conductas parecidas, pero con menoscabo corporal (pequeñas equimosis, arañazos, erosiones o hematomas).

155 Véase: SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, op. cit., p. 77; y CUADRADO RUIZ, M^a.A.: op. cit, p. 89. Y también, SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2016, pp. 53 y ss.

y debe tratarse de un tratamiento objetivamente necesario, y, en consecuencia, resultará la primera asistencia como insuficiente para obtener la curación¹⁵⁶.

Así, las lesiones que precisen de la intervención de un médico que disponga un plan terapéutico destinado a posibilidad o acelerar la curación, es decir, que en definitiva precisen de un tratamiento médico, son más graves y se subsumen en el artículo 147.1. Por el contrario, los menoscabos que sanen espontáneamente, sólo serán constitutivos de delitos leves del artículo 147.2, así como aquellos casos que requieran de una única asistencia¹⁵⁷.

Entiendo, siguiendo a ROMEO CASABONA, que la deficiente regulación legal de esta materia no ha dudado en utilizar como excluyentes los conceptos de primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico. Ello ha propiciado innumerables posturas doctrinales, muchas de ellas dispares entre sí, acerca de la delimitación de ambos conceptos. Y como señala el citado autor, la situación no es mejor en el ámbito judicial, donde la jurisprudencia sobre esta cuestión es anárquica, caótica y contradictoria, en la que una misma actividad es considerada unas veces como primera asistencia facultativa y otras como tratamiento médico o quirúrgico¹⁵⁸.

156 Cfr.: QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016, op. cit., p. 80. Las aclaraciones que recoge este autor las considero imprescindibles para la comprensión de lo que es el tratamiento médico. Concretamente, cuando señala que se trata de un sistema finalístico que se integra por actos médicos relacionados en términos generalmente consecuenciales si bien cada uno de ellos debe incorporar una tasa de genuina necesidad para la obtención de fin curativo. Necesidad curativa que excluye, actos médicos destinados sólo a vigilar o comprobar el éxito o adecuación de la primera asistencia o a complementar ésta, en cuanto no tendrían finalidad curativa propia ni agregarían nada a la sanidad del lesionado.

157 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, op. cit., p. 77; y CUADRADO RUIZ, M^a.A.: op. cit, p. 89. Por asistencia única, siguiendo al autor, se entiende la simple exploración y diagnóstico, sin tratamiento posterior e, incluso, actos curativos de muy escasa entidad que no se prolongan temporalmente o de naturaleza puramente preventiva.

158 Vid. ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016, op. cit., p. 75.

Por último, para cerrar la sistemática del artículo 147, la mención al apartado 3 del mismo recoge el tipo ultra-atenuado de lesiones, que sólo va a exigir un modo de comisión que comporte golpear o maltratar sin necesidad de causar lesión, entendida como menoscabo físico psíquico merecedor de primera asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico para obtener la primera asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico para obtener la curación. Y estas formas atenuadas requieren precisamente para su persecución, como condición de procedibilidad, denuncia de la persona agraviada o de su representante legal¹⁵⁹.

1.3. Evolución histórica en la regulación de las lesiones.

Lo cierto es que nuestro Derecho Penal, experimenta una evolución en la regulación de las lesiones que hasta 1989 es propia del derecho basado en las fuentes romanas y germánicas, para a partir de esa fecha, adquirir un talante diferenciador.

Para el Derecho romano las lesiones, las lesiones formaban parte del concepto amplio de iniuria, junto a las injurias reales y verbales, que eran caracterizadas por el menosprecio que tales comportamientos provocaban en las personas. En cambio, para las fuentes germánicas, el concepto de lesión era claramente desligado de las referencias al honor y en la búsqueda de su correspondiente valoración económica en el marco de la composición, conocidas como tarifas de sangre, se establecía una clara diferenciación en función de los diversos resultados producidos. En este sentido, en nuestro país se puede hablar de la influencia germánica durante la Edad Media, representado por el cauismo extremado de la mayoría de los fueros municipales y regionales. Pero será la influencia romana la que perdurará en Las Partidas¹⁶⁰.

159 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016, p. 80.

160 Cfr. DIEZ-RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos de Lesiones*, Valencia, 2001, epígrafe “Sistemática y evolución histórica”, p.1.

El Código Penal de 1848, inspirado en el Derecho Penal francés, recogía de forma contradictoria la figura de las lesiones, en el Título VIII, “De los delitos contra las personas”, bajo el Capítulo IV “De las lesiones”, a través de unos preceptos más que desfasados, a los que no se tardó en objetar de un lado la carencia de un concepto genérico de lesiones, de otro: un excesivo casuismo tipológico que dificultaba la determinación del bien jurídico protegido en las lesiones, y sucesivos problemas en la determinación de los medios comisivos¹⁶¹.

Como señala DÍEZ RIPOLLÉZ, “se pasó de 19 artículos, más la castración y las lesiones mediante sustancias nocivas o venenosas, en el Código de 1822 a 7 preceptos en el de 1848 (sustancialmente, dos figuras de mutilaciones, dos de lesiones graves, una de menos graves y dos de leves)”.¹⁶²

Así pues, la doctrina, de forma casi unánime esperaba conforme al convencimiento de que era necesario en el ámbito de las lesiones, una reforma¹⁶³. Sin

161 Cfr. PÉREZ ALONSO, E.J, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), pág. 1, 1990. En el mismo sentido, véase también, el estudio realizado por DIEZ-RIPOLLÉS, J.L, *Los delitos de Lesiones*, Valencia, 2001, epígrafe “Sistemática y evolución histórica”, p.1, y la reflexión de MUÑOZ CONDE, op. cit, p.105, en esta dirección, como puede verse: “la actual regulación procede en parte del anterior Código Penal que se produjo en 1989 y que modificó en profundidad la regulación tradicional de estos delitos, reduciendo el casuismo que había caracterizado al Código Penal anterior y eliminando alguno de los defectos más sobresalientes de dicha regulación”.

162 Ibidem, p. 2.

163 Sobre la necesidad de la reforma del delito de lesiones con anterioridad a 1989, debemos irnos a fuentes previas a la reforma del Código Penal de 1995 donde se recogen las primeras notas críticas respecto de la idoneidad de un cambio en la regulación de las lesiones, así, de forma unánime contamos con los estudios siguientes: ANTON ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en “Homenaje al P. Pereda”, 1965; BERISTAIN IPIÑA, A.: “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971; BERDUGO DE LA TORRE, *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982 ; del mismo autor en: MUNOZ CONDE – BERDUGO - GARCÍA ARAN: *La Reforma penal de 1989*, Madrid, 1989 y Bolx REIG en: BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

embargo, la regulación de las lesiones de 1848 se mantuvo inalterable en lo sustancial hasta la reforma de 1989.

La reforma de 1989 primero se propuso una modificación legal tendente a reducir el ámbito de las faltas¹⁶⁴ lo que ha llevado a cabo en la Reforma penal de 2015 suprimiendo las faltas, aunque convirtiendo algunas de ellas en delitos leves y la introducción de un cambio absolutamente sustancial en el tratamiento y consideración de las lesiones. Por parte de la doctrina, se consideró positiva la modificación introducida por la reforma de 1989.

Se llegó al Código Penal de 1995 con las líneas marcadas en 1989, resultando muy satisfactorio la exclusión de figuras delictivas como las lesiones laborales o las encaminadas a eximirse del servicio militar, cuya existencia eran de una complejidad considerable de cara a su justificación, pero se sigue observando un casuismo excesivo, unido al tratamiento del consentimiento seguía siendo insatisfactorio.

1.3.1. Las lesiones en el Código Penal de 1995.

Pues bien, el Título III del Código Penal de 1995, atiende a la siguiente lógica punitiva:

a) Un **tipo básico de lesiones**, recogido en el artículo 147165.

“El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su

164 Veáanse, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de Lesiones*, Valencia, 2001, p. 2, epígrafe I; QUINTERO OLIVARES (dir.), QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016, p. 78, PÉREZ ALONSO, op cit, p. 610, MUÑOZ CONDE, op. cit, p.105.

165 El artículo 147, queda redactado de la siguiente manera en el CP de 1995.

sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

b) Un **tipo privilegiado de lesiones**, previsto en el apartado 2 del artículo 147166.

“No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

c) Los **tipos agravados o cualificados**, en función del medio empleado o de la cualidad de la víctima, contemplados en el artículo 148167:

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1º. Si en la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. 2º. Si hubiese mediado ensañamiento. 3º. Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz”.

Y en función de los resultados producidos, previstos en los artículos 149 y 150. Caracterizados todos ellos por el común denominador de la comisión delictiva con carácter doloso.

166 El tipo privilegiado de lesiones, queda redactado de la siguiente manera: “No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

167 El artículo 148, un poco más extenso que los anteriores, integra la siguiente composición con la redacción de 1995: “

d) Una regulación expresa de los **actos preparatorios punibles** de provocación, conspiración y la proposición para cometer delitos de lesiones, prevista en el artículo 151.

e) La previsión de un **tipo atenuado** en los artículos 156 y 157, y unas exenciones aplicables a todas las figuras del Título III.

Pese a las continuas reformas operadas, especialmente en la de 1989, los delitos de lesiones se caracterizan por seguir ocasionando problemas interpretativos vigentes y la consiguiente inseguridad jurídica que conlleva la “primera asistencia facultativa” y tratamiento médico-quirúrgico”.

En las páginas siguientes pretendo llevar a cabo una exposición detallada del tipo cualificado “delito de mutilación genital” en el Derecho español. Para ello desarrollaré los criterios seguidos por la doctrina española sobre el tema, así como por el propio Tribunal Supremo y por otros Tribunales.

1.3.2. Las lesiones tras la reforma penal de 2015.

1. Reformas esenciales.

Aunque la reforma del Código Penal efectuada este año 2015 no afecta a la redacción del art. 149.2 CP regulador del delito de mutilación genital, lo cierto es que en lo relativo a las lesiones se introducen algunas modificaciones considerables.

Se perfila indiscutible para el desarrollo de esta tesis doctoral, contemplar, siquiera de forma escueta, cuál es el nuevo panorama legislativo al que se somete el tratamiento del delito de lesiones¹⁶⁸.

168 Véanse los trabajos que con imperiosa actualidad se han efectuado hasta el momento en relación

Los cambios proyectados en la reforma no son consecuencia de un replanteamiento profundo del modelo legislativo adoptado en el Código Penal de 1995 (ya en buena parte anticipado por la reforma de 1989), sino de decisiones político-criminales y legislativas que afectan a la regulación de las lesiones¹⁶⁹. Los puntos de la reforma pueden sintetizarse, como sigue:

En primer lugar, se introduce un nuevo número 1 del artículo 147, que queda retocado. Además, se suprime el párrafo segundo del mismo número y todo el contenido del número 2. Se adicionan tres nuevos apartados, con nueva redacción; resultando el siguiente tenor literal:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple

al tratamiento del delito de lesiones en el texto de la reforma penal de 2015. Concretamente: GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, “La reforma del delito de lesiones (arts. 147, 152 y 147 CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Coords: GÓNZALEZ CUSSAC, J.L, GÓRRIZ ROYO, E, MATALLÍN EVANGELIO, A, Ed. Tirant lo Blanch, marzo de 2015,; TAMARIT SUMALLA, J.M^a, “Las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015. Y También, ténganse en cuenta los estudios realizados en relación al *Anteproyecto de reforma penal de 2012*, por su incidencia en la reforma penal de 2015: CANCIO MELIÁ, M., “Delito de lesiones: consentimiento en la esterilización de incapacitados: Art. 156 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I., “Faltas de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delitos de lesiones: art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La supresión de las faltas penales”, en *Diario La Ley*, Núm. 8171, M Sección Tribuna, Año XXXIV, Ed. LA LEY, 16 Oct. 2013.

169 TAMARIT SUMALLA, J.M^a, en TAMARIT SUMALLA, J.M^a, “Las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015, p. 347.

vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.

3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

De la nueva redacción resulta que se rebaja el límite inferior de la pena de prisión a tres meses, de manera que podrá imponerse ahora por un período de tres meses a tres años. Y se añade, una sanción alternativa; esto es, la posibilidad de optar por una pena de multa de seis a doce meses¹⁷⁰.

En este sentido, es destacable respecto de la redacción anterior del artículo 147 del Código Penal, la supresión de la modalidad atenuada del delito de lesiones en el art.

170 Sobre la trayectoria seguida en el debate parlamentario afectante a este artículo, véase el estudio de GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, “La reforma del delito de lesiones (arts. 147, 152 y 147 CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Coords: GÓNZALEZ CUSSAC, J.L , GÓRRIZ ROYO, E , MATALLÍN EVANGELIO, A, Ed. Tirant lo Blanch, marzo de 2015, epígrafe 22, p. 2, versión online. Concretamente, resulta interesante cuando señala: “Este inciso fue objeto de modificaciones respecto al texto del Proyecto inicial al transacionarse varias enmiendas en el debate parlamentario en el Congreso (núms. 145, del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural; 469, del Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió*; 545, del Grupo Parlamentario *Unión Progreso y Democracia*; y 661, del Grupo Parlamentario *Socialista*). La redacción inicial que se proponía en el Proyecto presentado por el Gobierno en las Cortes atendía genérica y exclusivamente “al medio empleado y al resultado producido” como criterios de determinación de la naturaleza y gravedad del delito, eliminando la referencia a la constatación de una primera asistencia facultativa o de tratamiento médico y/o quirúrgico como criterios de determinación de la gravedad de las lesiones. No parecía conveniente, y así lo entendió el legislador finalmente, prescindir del ya tradicional criterio objetivo de naturaleza médica, aquilatado por la jurisprudencia, sobre todo si ese criterio iba a ser substituido por otro que ofrece al interprete mayor incertidumbre sobre el alcance de la norma y, consiguientemente, menor seguridad jurídica”.

147. 2, que atendía a la reducida entidad del resultado o la poca peligrosidad de la conducta (por ejemplo, golpes, bofetadas, empujones, luxaciones, cortes que provocaban pequeños traumatismos o empujones, fracturas, o esguinces), cuya correspondencia es la lógica de rebaja de pena privativa de libertad comentada en el párrafo anterior y la introducción de multa alternativa¹⁷¹.

En segundo lugar, al desaparecer las faltas con la reforma penal¹², queda automáticamente suprimido el segundo párrafo del apartado 1 del art. 147, cuyo contenido venía a castigar con prisión de seis meses a tres años a quien en el plazo de un año produjera cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP, relativo a la falta de lesiones. Pues bien, esta antigua falta pasa a constituirse como un delito leve, situándose en el apartado 2 del art. 147 del CP. Los hechos que se tipifican siguen siendo idénticos, pero cambia la pena, que se presenta de forma agravada; desaparece como sanción

171 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015, op. cit, p. 77.

12 Esta supresión de las infracciones penales constitutiva de falta ya venía siendo solicitada por buena parte de los operadores jurídicos por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal. No obstante, llama la atención pues, que en el caso de la falta de lesiones no se ha procedido en el proyecto ni a despenalizarla (lo que consideramos lógico), ni a considerarla como delito leve (lo que ya nos parece más criticable), lo que se hace es agravar la conducta y pasar de ser una mera falta a un delito menos grave. Es decir, tal y como está ahora redactado el precepto, puede haber conductas que antes fuesen consideradas como faltas que pasen a ser delitos menos graves. Vid. ARMENTEROS LEÓN, M, “Aproximación a la regulación de los delitos leves en la próxima reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Núm. 8257, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-60, Editorial LA LEY. Véase también FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A, “Supresión de las faltas y creación de los delitos leves. Modificaciones del Código Penal”, artículo doctrinal, publicado en *Editorial Tirant lo Blanch*, junio de 2015. En este estudio se recoge un análisis pormenorizado de la desaparición de las faltas como infracción penal y la aparición de los delitos leves, concretamente; se presenta como piedra angular de la reforma de las lesiones el siguiente esquema: art. 617.1 CP 1995, falta de lesiones; se convierte en el delito de lesiones leves del nuevo art. 147.2; art. 617.2 CP 1995, falta de malos tratos: se convierte en delito leve de malos tratos; art. 621.1 CP, falta de lesiones por imprudencia grave: desaparece, art. 621.3, falta de lesiones por imprudencia leve: desaparece.

alternativa la pena de localización permanente y aumenta el límite superior de la pena de multa, que ahora es de tres meses.

En tercer lugar, se adiciona como novedad un cuarto apartado en el artículo 147, donde se recoge un requisito de perseguibilidad en función de la escasa gravedad que constituyen las lesiones y malos tratos de obra de los apartados segundo y tercero del artículo 147; así, exclusivamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. De manera que estos supuestos quedan circunscritos al ámbito de los delitos de naturaleza semipública, aduciéndose como razón para la adopción de esta medida criterios de economía procesal, intentando evitar que un parte médico por lesiones de escasa entidad, obligue al juez de instrucción a iniciar un procedimiento judicial¹⁷². Esta exigencia de denuncia previa para todos los supuestos de lesiones del art. 147.2, ha sido considerada como desproporcionado e injustificado por algún sector doctrinal, pues si se entiende que el bien jurídico protegido es la integridad corporal, sería aconsejable que no se extendiera más allá de los antiguos supuestos de falta del art. 617 y 2¹⁷³.

1.3.3. La reforma de las lesiones imprudentes del art. 152.

Las lesiones imprudentes, como se puede observar tras la redacción nueva del art. 152, en el siguiente tenor literal, han sufrido una considerable modificación¹⁷⁴: ce una modificación significativa en la redacción del art. 147 del CP regulador del tipo básico de lesiones. La modificación afecta al párrafo primero del número 1, que queda

172 Cfr. GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, op. cit, p.3.

173 GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delitos de lesiones: art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, citado por GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, op. cit, p. 3.

174 En cursiva la parte del artículo que ha sido modificada y adicionada. El resto se mantiene inalterable a la redacción del Código Penal de 1995.

retocado. Además, se suprime el párrafo segundo del mismo número y todo el contenido del número 2. Se adicionan 3 nuevos apartados, con nueva redacción; resultando el siguiente tenor literal:

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.
2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.
3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.
4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

De la nueva redacción resulta que se rebaja el límite inferior de la pena de prisión a tres meses, de manera que podrá imponerse ahora por un período de tres meses a tres años. Y se añade, una sanción alternativa; esto es, la posibilidad de optar por una pena de multa de seis a doce meses¹⁷⁵.

175 Sobre la trayectoria seguida en el debate parlamentario afectante a este artículo, véase el estudio de GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, “La reforma del delito de lesiones (arts. 147, 152 y 147 CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Coords: GÓNZALEZ CUSSAC, J.L , GÓRRIZ ROYO, E , MATALLÍN EVANGELIO, A, Ed. Tirant lo Blanch, marzo de 2015, epígrafe 22, p. 2, versión online. Concretamente, resulta interesante cuando señala: “Este inciso fue objeto de modificaciones respecto al texto del Proyecto inicial al transacionarse varias enmiendas en el debate parlamentario en el Congreso (núms. 145, del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural; 469, del Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió; 545, del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia; y 661, del Grupo Parlamentario Socialista). La redacción inicial que se proponía en el Proyecto presentado por el Gobierno en las Cortes atendía genérica y exclusivamente «al medio empleado y al resultado producido» como criterios de determinación de la naturaleza y gravedad del delito, eliminando la referencia a la constatación de una primera asistencia facultativa o de tratamiento

En segundo lugar, al desaparecer las faltas con la reforma penal¹², queda automáticamente suprimido el segundo párrafo del apartado 1 del art. 147, cuyo contenido venía a castigar con prisión de seis meses a tres años a quien en el plazo de un año produjera cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP, relativo a la falta de lesiones. Pues bien, esta antigua falta pasa a constituirse como un delito leve, situándose en el apartado 2 del art. 147 del CP. Los hechos que se tipifican siguen siendo idénticos, pero cambia la pena, que se presenta de forma agravada; desaparece como sanción alternativa la pena de localización permanente y aumenta el límite superior de la pena de multa, que ahora es de tres meses.

médico y/o quirúrgico como criterios de determinación de la gravedad de las lesiones. No parecía conveniente, y así lo entendió el legislador finalmente, prescindir del ya tradicional criterio objetivo de naturaleza médica, aquilatado por la jurisprudencia, sobre todo si ese criterio iba a ser substituido por otro que ofrece al interprete mayor incertidumbre sobre el alcance de la norma y, consiguientemente, menor seguridad jurídica”.

12 Esta supresión de las infracciones penales constitutiva de falta ya venía siendo solicitada por buena parte de los operadores jurídicos por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal. No obstante, llama la atención pues, que en el caso de la falta de lesiones no se ha procedido en el proyecto ni a despenalizarla (lo que consideramos lógico), ni a considerarla como delito leve (lo que ya nos parece más criticable), lo que se hace es agravar la conducta y pasar de ser una mera falta a un delito menos grave. Es decir, tal y como está ahora redactado el precepto, puede haber conductas que antes fuesen consideradas como faltas que pasen a ser delitos menos graves. Vid. ARMENTEROS LEÓN, M, “Aproximación a la regulación de los delitos leves en la próxima reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Núm. 8257, Sección Doctrina, 24 de febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-60, Editorial LA LEY. Véase también FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A, “Supresión de las faltas y creación de los delitos leves. Modificaciones del Código Penal”, artículo doctrinal, publicado en Editorial Tirant lo Blanch, junio de 2015. En este estudio se recoge un análisis pormenorizado de la desaparición de las faltas como infracción penal y la aparición de los delitos leves, concretamente; se presenta como piedra angular de la reforma de las lesiones el siguiente esquema: art. 617.1 CP 1995, falta de lesiones; se convierte en el delito de lesiones leves del nuevo art. 147.2; art. 617.2 CP 1995, falta de malos tratos: se convierte en delito leve de malos tratos; art. 621.1 CP, falta de lesiones por imprudencia grave: desaparece, art. 621.3, falta de lesiones por imprudencia leve: desaparece.

En tercer lugar, se adiciona como novedad un cuarto apartado en el artículo 147, donde se recoge un requisito de perseguibilidad en función de la escasa gravedad que constituyen las lesiones y malos tratos de obra de los apartados segundo y tercero del artículo 147; así, exclusivamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. De manera que estos supuestos quedan circunscritos al ámbito de los delitos de naturaleza semipública, aduciéndose como razón para la adopción de esta medida criterios de economía procesal, intentando evitar que un parte médico por lesiones de escasa entidad, obligue al juez de instrucción a iniciar un procedimiento judicial¹⁷⁶. Esta exigencia de denuncia previa para todos los supuestos de lesiones del art. 147.2, ha sido considerada como desproporcionado e injustificado por algún sector doctrinal, pues si se entiende que el bien jurídico protegido es la integridad corporal, sería aconsejable que no se extendiera más allá de los antiguos supuestos de falta del art. 617 y 2¹⁷⁷.

En conclusión, el recorrido por la configuración legal de las lesiones en nuestro Código Penal realizado a lo largo de este capítulo es concebido en este trabajo como un ejercicio imprescindible para adentrarnos en el marco genérico que el legislador ha previsto para el delito de mutilación genital femenina.

A lo largo de las páginas que siguen trataré de explicar en qué medida su encuadre y configuración ha sido realmente adecuado o, por el contrario, la propia sistemática del delito de lesiones ya ofrecía respuestas al hecho de la mutilación genital femenina. La nota en común con el delito de lesiones, la lesión de la integridad corporal o la salud física o mental, se confirma en el delito de mutilación genital femenina como veremos; y es por ello que su estudio previo ha adoptado un cariz de absoluta relevancia.

176 Cfr. GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, op. cit, p.3.

177 GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delitos de lesiones: art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, citado por GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, op. cit, p. 3.

CAPÍTULO VI. EL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE MGF.

1. El bien jurídico-penal.

Para situar correctamente la cuestión del bien jurídico protegido¹⁷⁸, conviene hacer referencia brevemente al tratamiento que al mismo le ha ofrecido la teoría del delito. En la misma, el concepto de bien jurídico protegido se emplea en dos sentidos, dando lugar a dos teorías bien diferenciadas:

- a) en el sentido político-criminal (de *lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales).
- b) en el sentido normativo (de *lege data*) del objeto protegido por la norma penal vulnerada de que se trate.

Ambas vertientes serán estudiadas a continuación en su aplicación directa al delito de lesiones.

178 En opinión de MIR PUIG, S., “más precisa sería la expresión bien jurídico-penal, por lo que sería más deseable que se generalizara su uso”, vid. *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 2015, p. 161. Por su parte, y en el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M, en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 275, entiende que hay que realizar una distinción entre “bien jurídico”, que puede ser objeto de tutela por cualquier rama del derecho, y “bien jurídico penal”, que deberá ir acompañado de una mayor exigencia de requisitos. Para el primero es suficiente con que los ataques al mismo, se tornen relevantes en la esfera social en sentido dañoso; para el segundo se va más allá del plano social, trascendiendo de esta esfera y tornándose más individual; por su parte, PÉREZ ALONSO, E, op. cit. p. 615, utiliza la expresión “bien jurídicamente protegido”.

2. El bien jurídico protegido en las lesiones.

El bien jurídico protegido del delito de mutilación genital no queda, en principio, al margen del que se sustancia para el resto de tipos de lesiones¹⁷⁹. Quiere decir que al estar ubicado el delito de mutilación genital junto a las lesiones, es imperativo el conocimiento previo del bien jurídico que se protege en las mismas¹⁸⁰, aunque analizaré más abajo las singularidades del bien jurídico en el delito de MGF.

Así, el Título III del Código Penal, bajo su rúbrica “de las lesiones”, ha querido homogeneizar la nota en común del bien jurídico protegido. Procede, por lo tanto, preguntarnos, qué es lo que se está protegiendo bajo este Título y qué es lo que el legislador ha querido destacar, para posteriormente analizar los hechos característicos de la mutilación genital femenina.

179 En el mismo sentido, -y partiendo de los escasos estudios estrictamente jurídico-penales que hasta el momento existen sobre la MGF-, lo expresa TORRES FERNÁNDEZ, M.E, “El nuevo delito de mutilación genital”, en *Estudios Penales en Homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pág. 953 y ss.

180 Encontramos un estudio general del bien jurídico protegido en el delito de lesiones en BERDUGO GÓMEZ, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. , DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, y GRACIA MARTÍN, L (Coords): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo I, Valencia, 1997, págs. 118 y ss. PÉREZ ALONSO, E.J.: “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, en A.D.P.C.P., 1990, págs. 615 y ss. DEL ROSAL BLASCO, B: “El nuevo tipo básico de los delitos de lesiones en el Código Penal (art. 420, párrafo primero)”, en C.P.C, núm. 46, 1992, págs. y ss, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte especial*, pág. 102, Valencia 2015, TAMARIT SUMALLA, J.M^a, “Título III. De las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G (dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 1999, pág. 86 y ss, CUADRADO RUIZ, “Las lesiones” en ZULGADÍA ESPINAR, J,M y MARÍN DE ESPINOSA, E, (dir) *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia 2011, ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Las Lesiones I”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, pág. 154, Valencia 2010.

Con este objetivo de delimitación del bien jurídico en las lesiones, encontramos que tanto la doctrina como la jurisprudencia ofrecen respuestas variadas, siendo el bien jurídico protegido en las lesiones objeto de un paulatino estudio y crecimiento¹⁸¹; tanto por unos sectores doctrinales como por otros, se ha intentado ofrecer precisión y amplitud a la materia que nos ocupa. Estas posiciones doctrinales pueden concretarse de la siguiente manera:

En primer lugar, el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones es la **integridad corporal o física**, postura en la que han coincidido casi siempre la doctrina y la jurisprudencia, aunque ahora sea seguida por un minoritario sector doctrinal. El cuerpo es entendiendo en su concreta plenitud anatómica-funcional interna y externa¹⁸². La jurisprudencia se acogió fácilmente a esta comprensión del bien jurídico protegido¹⁸³, a mi entender muy reduccionista pues deja atrás la consideración y puesta

181 Así lo considera DIEZ-RIPOLLÉS en su obra *Los delitos de lesiones*, 2001, en su Epígrafe número II “El bien jurídico protegido”. Concretamente, manifiesta: “el bien jurídico protegido en estas figuras ha sido objeto, especialmente en los últimos decenios, de un progresivo enriquecimiento de contenidos, que ha venido acompañado de una continua ampliación y precisión de los efectos en que se concreta materialmente la lesión de dicho bien jurídico”. Otros autores como ÁLVAREZ GARCÍA, F.J, “Las lesiones I”, en *Derecho Penal Español. Parte especial*, Valencia 2010, p. 154, entienden, en sentido menos positivo, que a la delimitación del bien jurídico protegido de las lesiones le ha acompañado “una inagotable batalla doctrinal” y una “contradictoria jurisprudencia”, que debe edificarse en todo caso a partir de dos premisas: “1. El objeto jurídico ha de construirse con la abstracción suficiente como para poder dar cobijo a muy diferentes realidades, desde el ejercicio de la mera violencia a la privación de porciones de la integridad corporal, desde la deformidad al quebranto por la enfermedad. 2. Se deben abarcar tanto las lesiones físicas como las psicológicas”.

182 En este sentido, véase: ROMEO CASABONA, C.M^a: “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, en CEREZO MIR, J, SUÁREZ MONTES, R.F, Y ROMEO CASANOBA, C.M^a (edits): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor don Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 925 y ss; MARTINEZ RUIZ, J, op. cit, p. 353, y DIEZ RIPOLLÉS, J.L., op. cit, epígrafe II. “El bien jurídico protegido”, p. 1.

183 De los análisis jurisprudenciales que hasta ahora se han efectuado, véase el realizado por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, op. cit, p. 15; DIEZ- RIPOLLÉS, op. cit, nota al pie núm. 4 y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., op. cit, p. 29. A modo de síntesis: no es fácil encontrar en la jurisprudencia un criterio unitario sobre el bien jurídico protegido. La última de las autoras señaladas se

en valor de la salud psíquica. Por lo que será protegible en virtud de esta tesis únicamente toda pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de cualesquiera órganos, miembros o partes del cuerpo, obviando, por completo, las secuelas psicológicas que tales menoscabos suponen para la salud mental de la víctima.

En segundo lugar, el bien jurídico protegido en las lesiones es la **integridad corporal y la salud personal**, y quienes la defienden no escatiman en considerar que en todos los delitos de lesiones implican una disminución en la integridad corporal y en la salud. En esta tesitura, el término salud es indeterminado y susceptible a interpretaciones pero, a mi entender, puede resolverse con la tesis de MUÑOZ CONDE para quien la salud a la que se refiere el Código es tanto física como psíquica y el ataque dirigido contra la salud es la *enfermedad*¹⁸⁴; entendida ésta como un proceso patológico, consistente en una sucesión de fenómenos que duran más o menos tiempo y culminan bien en un estado curativo, o bien en enfermedad crónica o bien en la muerte. Esta tesis, al referirse a la integridad corporal sólo abarca al aspecto físico¹⁸⁵, no obstante, el

remite a la nada menos STS de 20 de diciembre de 1921 en la que por primera vez se da un concepto de lesión definiéndolo como: “todo daño o detrimento corporal causado violentamente y constitutivo, según sus distintas graduaciones, de herida, contusión, equimosis o erosión”. Poco a poco se produce una evolución considerando que la lesión es una disminución de la integridad corporal o daño a la salud, y a partir de la sentencia de 1 de enero de 1971, la jurisprudencia adopta este concepto. Son constantes las alusiones del TS a la “integridad física”, “integridad individual” o “integridad corporal” como bien jurídico protegido, que sería la línea seguida en esta corriente que exponemos en primer lugar. Véanse, por ejemplo: en relación al concepto de “integridad física”, la STS 17-3-1992, la STS 21-5-1984, la SAP de Cádiz 29-12-1997. Con carácter más actual; se hacen eco del bien jurídico “integridad física” la SAP de Cáceres 16-9-2015, la SAP de Pontevedra 15-9-2015 y la SAP de La Coruña 10-9-2015.

184 Cfr. MUÑOZ CONDE, F., op. cit, 2015, pág. 107. Véase también, en el mismo sentido: CUADRADO RUIZ, M^a. A., op. cit, p. 89.

185 En este sentido MUÑOZ CONDE, F., op. cit, p. 107, señala “la integridad corporal se refiere solo al aspecto físico: el ataque a ella dirigido es la mutilación o inutilización de algún órgano o miembro principal”.

término salud, entendido en sentido amplio¹⁸⁶, puede solventar lo que podría considerarse una carencia de esta tesis dualista, cual es la referencia a la integridad psíquica, que entiendo que queda colmada con el término salud. Así, siguiendo a DIEZ RIPOLLÉS, “se debe considerar la adición de la salud desde un principio como la vía a través de la cual se pueden incorporar explícitamente al ámbito de protección las alteraciones morbosas que no supongan una afección a la integridad anatómica-funcional, sin olvidar entre ellas a las de naturaleza psíquica”¹⁸⁷.

Pero el término salud da pie a otras cuestiones que no son de fácil solución, por su ambigüedad y que la doctrina ha tratado de solucionar. Estoy de acuerdo con parte de la doctrina en no abandonar criterios objetivos para abordar el concepto de salud, lo que excluye cualquier apreciación objetiva de la víctima, pero no la dimensión psíquica frente a la física¹⁸⁸. Y en desacuerdo con el empleo de un término negativo de salud, como la ausencia de enfermedad, que dejaría sin la posibilidad de incluir los supuestos de deformidad, inaptitud laboral y cualquier tipo de incapacidad mental¹⁸⁹.

En **tercer lugar** destaca el sector doctrinal que apela a un concepto amplio de salud, de manera que tanto la integridad corporal como la ausencia de enfermedad no

186 Para una concepción amplia de la salud, véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, op. cit, p. para quien al entender la salud en sentido amplio, lo que se trata de proteger en estos delitos es un solo bien jurídico: la salud (física o psíquica), que incluye también la integridad corporal, pues salud es susceptible de ser atacada tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un periodo de tiempo mayor o menor -supuesto de enfermedad o incapaces temporales- como causando un menoscabo en el sustrato corporal.

187 DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *Los delitos de Lesiones*, Valencia, 2001, op. cit, epígrafe II “El bien jurídico protegido”, p. 1.

188 Véase ROMERO CASANOBA, op. cit. p. 137.

189 Sin embargo, como señala MUÑOZ CONDE, el concepto de salud empleado en el Código está constituido tanto por la enfermedad (ausencia de salud), como por la pérdida de miembros o mutilación de los mismos; pero el concepto de lesión abarca, además, resultados específicos, como la deformidad, que son relevantes en la medida en que deriven de un atentado a la salud, entendida en sentido amplio como posibilidad de participación en el sistema social, en op. cit, p. 105.

son más que aspectos del **bien jurídico salud**. Una concepción amplia de la salud que pueda abarcar todos los supuestos que se entienden integrados en la figura delictiva del delito de lesiones, entendida como ausencia de enfermedad y de alteración psíquica y física, sólo puede encajar y encontrar respaldo en la definición que la propia Organización Mundial de la Salud aporta como un estado de completo estado de bienestar físico, mental y social, reflejando una pluralidad de dimensiones y facetas (anatomomorfológica, psíquica, ecológica y socio-económica)¹⁹⁰.

Finalmente, el sector doctrinal y jurisprudencial que va más allá del concepto amplio de salud y apuesta por el concepto de **incolumidad corporal o personal**. Para los representantes de esta tesis¹⁹¹ la cobertura semántica¹⁹² de este término abarcaría todas y cada una de las figuras delictivas del delito de lesiones.

Se trataría de una ampliación considerable del bien jurídico protegido a situaciones y supuestos en los que no cabe estrictamente una protección a expensas del bien jurídico salud o integridad corporal¹⁹³. Así, el concepto de incolumidad personal

190 En este sentido véase: LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 93; PÉREZ ALONSO, E.J., op. cit, p. 615 y CARBONEL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Título III. De las lesiones”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I*, Valencia, 1996, p. 788 y ss. CUADRADO RUIZ, M^a A., "Protección penal de la salud de los consumidores" en Martos Núñez (Director) *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1997, pp. 111-134.

191 Tesis defendida en un primer momento por BERISTAIN IPIÑA, A.: “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado”, en R.G.L.J, 1971, pp. 14 y ss. Y de la misma opinión, TAMARIT SUMALLA, J.M^a.; *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona, 1990, pp. 34 y ss.

192 Para la Real Academia, la “incolumidad” es definida como “estado o condición de incólume. Queda, a su vez, conceptualizado “incólume” como “sano, sin lesión ni menoscabo”.

193 En este sentido BERISTAIN IPIÑA, op. cit, p. 32, aboga por el concepto de incolumidad para abarcar a supuestos que no son estrictamente daños en el sentido material del término sino alteraciones o malestares derivados de una bofetada que no produce moratón, de salivazos en la cara, un ruido constante o en ocasiones un ruido constante.

llega a obtener prácticamente la consideración de un derecho constitucional, que se desdobra en una pluralidad de derechos: derecho a la integridad física (no ser privado de ningún miembro u órgano corporal), derecho a la salud física y mental (no ser sometida la persona a procesos de enfermedad que eliminen la salud), derecho al bienestar corporal y psíquico (derecho a la persona a que no se le hagan sentir sensaciones de dolor o de sufrimiento) y derecho a la propia apariencia personal (no ser desfigurada la persona en su imagen externa)¹⁹⁴. Esta corriente doctrinal es minoritaria y no comprende la respuesta del Código Penal a las figuras delictivas de lesiones. Es susceptible, bajo mi punto de vista, de ser criticable pues su amplitud no sólo puede obstaculizar la persecución de la seguridad jurídica a la que toda norma aspira, sino que además se aleja del respeto de intervención mínima y de *ratio legis* y estructura típica de las figuras delictivas del delito de lesiones.

3. El bien jurídico en el delito de mutilación genital femenina.

3.1. Cuestiones previas. Puntualizaciones hacia la delimitación del bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina.

Como se dijo en el inicio de este capítulo, el bien jurídico protegido de la MGF, en principio, no debe quedar al margen del que se sustancia para el delito de lesiones¹⁹⁵. Su delimitación, por lo tanto, trascurre por la adopción de una de las tesis anteriormente estudiadas sobre el bien jurídico protegido en el delito de lesiones y paulatina

194 GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, 2006, op. cit, p. 28.

195 Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, E, “El nuevo delito de mutilación genital”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, p. 12, Madrid, 2005, para quien el bien jurídico en las lesiones comprende la integridad corporal si bien no de manera autónoma sino vinculada al concepto de salud, pues pueden haber pérdidas de sustancia corporal que se practiquen precisamente para mantener la salud.

verificación de sus presupuestos; a fin de cerciorarnos de si la formulación adoptada tanto por la jurisprudencia como por el Código Penal¹⁹⁶ vigente puede alcanzar la comprensión de todas las latitudes que constituyen los hechos característicos de la MGF como delito¹⁹⁷ de lesiones.

De esta manera, adhiriéndonos a una de las tesis presentadas sobre el bien jurídico en el delito de lesiones, concretamente a la que propugna la integridad corporal y la salud física y psíquica como bien jurídico protegido en el mismo -a mi juicio la más acertada-; se advierte que para el caso del delito de MGF, la protección de la salud e integridad corporal y psíquica, parecen no abarcar la amplitud de bienes jurídicos que resultan lesionados con las prácticas del ritual de la ablación.

Entonces, en el cometido de concretar los bienes jurídicos afectados, es decir, de determinar los bienes que resultan lesionados en el delito de mutilación genital¹⁹⁸, se han de seguir, necesariamente, dos vías:

21.) La previa determinación de la protección constitucional que se dispensa para la mujer en orden a los derechos y valores constitucionales que resultan conculcados con el ritual de la ablación.

12.) La consecuente determinación de las consecuencias que para la mujer tiene la realización del ritual de la MGF, comprensiva de otras lesiones, daños, secuelas para su salud, efectos secundarios a corto y largo plazo, y riesgos -lo cual vendrá de la mano de criterios estrictamente médicos-.

196 Véase el Título III del Libro II del Código Penal, rubricado “De las lesiones”, arranca con el artículo 147, que literalmente dice: “El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su *integridad corporal o su salud física o mental* (...)”.

197 Recordamos aquí, aunque me detendré en este capítulo en ello, la parte estudiada en la introducción, de manera resumida, para recalcar que la MGF es causa de hemorragias graves y otros problemas de salud tales como quistes, infecciones e infertilidad, así como complicaciones en el parto y un mayor riesgo de muerte de recién nacidos.

198 Cabe hablar ya aquí en sentido plural, y no como un único bien jurídico protegido, como veremos en los próximos epígrafes.

Ambos puntos son desarrollados en los epígrafes que se presentan a continuación. Me he permitido, de esta manera, elaborar un esquema que no plasma el método clásico de delimitación del bien jurídico protegido, pero que en atención a las características especiales del delito de mutilación genital, conduce a un mejor estudio y comprensión del tema.

3.1.1. Garantías constitucionales de la protección penal en el delito de mutilación genital femenina determinantes en la delimitación del bien jurídico protegido.

A la formulación de este epígrafe llegamos una vez hemos situado las prácticas de la MGF como un trato degradante para la mujer, que afectan a su salud física y psíquica, a su integridad física y su libertad sexual, pudiendo provocarle incluso la muerte.

Sin llegar a confundir los bienes jurídicos-penales con los derechos fundamentales¹⁹⁹, los contornos constitucionales sobre los que se mueve la protección penal de la MGF transcurren en torno a los siguientes preceptos:

En primer lugar, el **artículo 15 de la Constitución Española**:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

199 PORTILLA CONTRERAS, G, en “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, *CPC*, número 39, 1989, p. 731, se contraponen a la tesis seguida por parte de la doctrina española que dotan a los derechos constitucionales de un papel fundamental en la delimitación de los bienes objeto de tutela penal, especialmente por GONZALEZ RUS, calificando de “confusión frecuente entre derechos fundamentales y bienes jurídicos”.

Es evidente que, en primer lugar, lo que protege el art. 15, responde al siguiente esquema de bienes jurídicos protegidos:

1. La vida; bien jurídico protegido en los delitos de homicidio y sus clases y el delito de aborto.
2. La salud; pues a pesar de que el texto constitucional elude expresamente el término para hacer referencia a la integridad física y psíquica, siendo éstos los bienes jurídicos protegidos en el delito de lesiones.
3. La integridad moral: bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad moral y torturas en relación con el derecho a no ser torturado ni a ser sometido a tratados inhumanos o degradantes.

Y aunque no pueda decirse que en sí mismo el derecho fundamental a la no tortura o trato inhumano o degradante constituya un bien jurídico, lo cierto es que ayuda a la delimitación de valores y límites que han de estar presentes en la fijación del bien jurídico para el caso que nos ocupa de la MGF²⁰⁰.

Se trata de una protección constitucional, la del art. 15 CE, que atañe al individuo, es decir, en nuestro caso a la mujer que ha sido víctima de la MGF y que en ningún caso puede considerarse como una protección dirigida al Estado de Derecho como ente titular del poder punitivo²⁰¹.

200 En el mismo sentido resulta interesante la postura adoptada por BARQUÍN SANZ, J, en *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, p., 222, en relación al delito de tortura. Para el autor “el artículo 15 de la Constitución Española, al establecer que todos tienen derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes, está protegiendo un valor referido a las personas que es preciso descubrir. Afirmar que este valor es el derecho a la no tortura, es no decir nada”.

201 En relación con la tortura, procede traer a colación en este punto la tesis seguida por parte de la doctrina, sostenida en la idea de la protección que despliega el artículo 15 de la Constitución Española como un bien jurídico colectivo en el que se está poniendo en peligro la consistencia del Estado, concretamente a “la propia noción de Estado de Derecho lo que ha sido violentado”, QUERALT, J.J., *Derecho Penal, Parte Especial, vol. II*, Barcelona, 1987, pp. 776 y ss.

Se puede afirmar que todos los derechos citados en el art. 15 CE van a estar involucrados, en mayor o menor medida, en la MGF. Y es ahora cuando debemos detenernos en los bienes que expresamente menciona el artículo 15 de la Constitución Española por su relación directa con el objeto de tutela de la MGF. Concretamente, el precepto, garantiza en primer lugar, el **derecho a la vida**.

Sabemos que la MGF es una práctica que puede llegar a producir la muerte de la mujer o niña, pues la hemorragia es la complicación más frecuente de la mutilación, al suponer ablación del clítoris y de los labios menores la sección de gran cantidad de vasos sanguíneos a través de los cuales fluye la sangre a elevada presión. En este sentido, el hecho de que la mutilación sea realizada por mujeres de edad avanzada, en ocasiones con mala visión y peor pulso, puede causar una lesión de la arteria del clítoris, que da lugar a una hemorragia, a veces tan importante que puede causar la muerte de la niña²⁰². Por todo ello, no es descabello, hacer un alegato al bien jurídico “vida” como objeto de protección penal también en el delito de MGF.

Por su parte, el artículo 15 agota sus referencias concretas aludiendo a la integridad física y a la integridad moral. Por lo que respecta a la integridad física, no encontramos grandes problemas de ubicación en cuanto a su tutela penal pues como hemos estudiado en el primer epígrafe de este capítulo, la protección de la integridad física se produce mediante el tipo de lesiones, junto a la salud.

En segundo lugar, el **artículo 10 de la Constitución Española**:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son el fundamento del orden público y la paz

²⁰² En el manual elaborado por MEDICUSMUNDI ANDALUCÍA, *La mutilación genital femenina, más que un problema de salud*, Granada, 2008, p. 32 y ss, entre las consecuencias de la MGF recoge como complicación inmediata y a medio plazo la hemorragia, que puede dar lugar a la muerte misma de la niña o mujer sobre la que se ha practicado la MGF.

social”²⁰³.

Si bien, debemos de antemano matizar que la dignidad humana no ha quedado concebida en la propia Constitución como un derecho fundamental, sino como un principio rector. Nos encontramos con la dificultad de su definición y al mismo tiempo con su carácter frágil al margen del núcleo duro de derechos fundamentales. Una dignidad “menguada” y por lo tanto “quebrada”²⁰⁴.

Pese a su desafortunada falta de definición, en el camino hacia la protección penal de la dignidad, quebrantada con la práctica de la MGF, no debemos dejarnos llevar por un exceso de constitucionalismo que nos conduciría a abandonar su tutela.

La falta de un tratamiento constitucional más garantista de la dignidad no debe alejarnos de la labor necesaria de concreción de su alcance tan necesario para la protección o tutela penal que perseguimos. Por ello, “es preciso establecer su alcance, delimitar de alguna manera su contenido, toda vez que, si bien es cierto que la dignidad se nos presenta como un concepto altamente indeterminado, no es menos cierto que es un principio rector vinculante para todos los que intervienen en la elaboración y aplicación del Derecho, lo que requiere la adopción de criterios que permitan delimitar su alcance y, negativamente, los comportamientos apropiados para vulnerarla o ponerla

203 CUADRADO RUIZ, M^a Á., “¿Cadena perpetua revisable?”, en La Tribuna, publicado el 20/03/2009 en todos los medios del grupo jolywww.diariodecadiz.es, www.diariodejerez.es y www.europasur.es, www.eldiadedecordoba.es, www.huelvainformacion.es, www.granadahoy.com, www.malagahoy.es, www.elalmeria.es, www.anuariojolyandalucia.com: ”Suelo comentarles a mis alumnos que lean a la inversa este precepto (el art. 10 de la CE) y se cuestionen cómo andamos de paz social, porque cuando no hay paz social, cuando resurge la conflictividad, es porque la dignidad de la persona es pisoteada y maltratada. Es el abono para que florezcan las injusticias, esas flores del mal, como diría Baudelaire.”

204 Vid. GUTIERREZ GUTIERREZ, I.: *La dignidad de la persona y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005, p. 214. En nuestra Constitución, la dignidad queda desprovista de la garantía reconocida por el artículo 53.1 de la misma, a lo que hay que añadir su consiguiente exclusión del ámbito del recurso de amparo así como de la protección reforzada del artículo 168.

en peligro”²⁰⁵.

Finalmente considero obligatorio resaltar el carácter universal de la dignidad humana, como previa a la formulación de cualquier carta constitucional de derechos. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, piedra angular del sistema de derechos humanos y constitucionales, en su artículo 1, sentencia que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

En esta línea, convencida de que la dignidad es un bien al que se ataca con la práctica de la MGF²⁰⁶, es conveniente señalar que “el genuino marco referencial de los bienes jurídicos-penales viene dado antes que por los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, por los derechos humanos antepuestos a las constituciones”²⁰⁷.

Finalmente, debido a que el ritual de la ablación se practica en niñas, concluimos este epígrafe, completando el escenario constitucional en el que se sitúa la MGF con la referencia al deber de protección de la infancia por parte de los poderes públicos, como reza el **art. 39 CE de la Constitución**:

205 Vid. ÁLAMO ALONSO, M, “La dignidad de la persona...”, op. cit, p. 11.

206 Para MEDICUSMUNDI ANDALUCÍA, “sin duda la mutilación genital femenina es un atentado contra la seguridad, la integridad y la dignidad de las mujeres y niñas, y una clara violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en *Mutilación genital femenina: más que un problema de salud*, Granada, 2008, p. 9. La misma referencia a la dignidad se recoge, en sentido parecido, en *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, p. 9 editada por PAZ Y DESARROLLO, en colaboración con el CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN SOBRE LAS MUJERES. Por su parte, La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por NACIONES UNIDAS en diciembre de 1993, viene a ser la aceptación, en el plano internacional, de la existencia de un fenómeno universal de violencia de género que afecta exclusivamente a las mujeres. Este reconocimiento es un paso importante, una conquista necesaria, en tanto equipara la violencia en la vida pública a la que se produce en el ámbito de las relaciones familiares, y en la medida en que se reconoce que tales prácticas son un atentado a la dignidad humana que las mujeres detentamos por derecho propio, por el sólo hecho del nacimiento, por el mero hecho de nuestra humanidad.

207 ÁLAMO ALONSO, M, “La dignidad de la persona...”, op. cit, p. 12.

“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
- Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

A continuación, se presentan las consecuencias del ritual de la ablación en la salud de la mujer, para posteriormente adentrarnos en una reflexión más profunda sobre el bien jurídico protegido en la MGF.

3.1.2. Las consecuencias del ritual “ablación” en la salud la mujer.

Anticipé que la tesis de la integridad corporal y la salud física y psíquica como bien jurídico protegido en el delito de lesiones, parecía resultar insuficiente o no del todo completo en la búsqueda de los bienes que han de protegerse en el delito de mutilación genital femenina.

Pues bien, dejando de lado la implicación cultural del ritual “ablación”, estoy en la convicción de que la determinación de los bienes jurídicos que han de protegerse mediante la prohibición de la MGF en el Código Penal, sólo puede llevarse a cabo atendiendo a **criterios médico-científicos que acrediten y delimiten las consecuencias dañinas de las acciones desarrolladas durante y después del ritual que producen en la salud de la mujer** -o en su caso, de la niña- en todas su vertientes (física, psicológica y sexual), condicionándola y pudiendo causarle incluso hasta la muerte.

En este sentido, la enumeración de las consecuencias para la salud de la mujer, se pueden resumir en el listado que se acompaña a continuación²⁰⁸, en donde se recogen

208 Siguiendo la sistemática del Manual de prevención de la mutilación genital femenina: buenas prácticas: Vid. *Manual de prevención de la mutilación genital femenina: buenas prácticas*, p. 45 y ss. En sentido similar, en la Nota descriptiva núm. 241 de la OMS, bajo el epígrafe “No aporta ningún beneficio a la salud, solo daño”, se recoge un listado similar con las consecuencias de la MGF en la mujer. Para la OMS, la MGF no aporta ningún beneficio a la salud de las mujeres y niñas, sino que la perjudica de formas muy variadas. Como implica la resección y daño del tejido genital femenino normal y sano, interfiere con la función natural del organismo femenino. Entre sus complicaciones inmediatas se encuentran el dolor intenso, choque, hemorragia, tétanos, sepsis, retención de orina, llagas abiertas en la región genital y lesiones de los tejidos genitales vecinos. Las consecuencias a largo plazo pueden consistir en: infecciones vesicales y urinarias recurrentes; quistes; esterilidad; aumento del riesgo de complicaciones del parto y muerte del recién nacido. necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, cuando el procedimiento de sellado o estrechamiento de la abertura vaginal (tipo 3 mencionado anteriormente) se debe corregir quirúrgicamente para permitir las relaciones sexuales y el parto. A veces se vuelve a cerrar nuevamente, incluso después de haber dado a luz, con lo que la mujer se ve sometida a aperturas y cierres sucesivos, aumentándose los riesgos inmediatos y a largo plazo. Véase también, sobre los efectos de la MGF: AMNISTÍA INTERNACIONAL: “La mutilación genital femenina...” op. cit, p. 13-26, CASAJONA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, E., y MARTÍNEZ MADRIGAL, M^a.I.; “Una visión global de la mutilación genital femenina”, en *Matronas Profesión*, 2012, p. 79; GALLEGO ÁLVAREZ, M.A., y LÓPEZ, M.I: “La mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico-legal”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, vol. 16. número 3, 2010, pág. 148-149: con una clasificación también muy completa a través del criterio de las complicaciones en la salud a largo y corto plazo. Así, a corto plazo (hemorragia, infección y sepsis, oliguria, lesiones de los tejidos cercanos (urena, vagina perineo y/o recto), dolor muy intenso, shock (muerte, bien por el dolor o por el shock hipovolémico), anemia, ansiedad y terror), a largo plazo, tanto físicas como psicológicas; KAPLAN MARCUSÁN, A., y MARTÍNEZ BUENO (coords.): *Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales*, Associació Catalana de llevadoras, Barcelona, 2004, pág. 17-19, realizan una clasificación de los efectos en consecuencias a inmediatas, consecuencias a largo plazo y a medio plazo, a su vez, en complicaciones generales, complicaciones obstétricas, sexuales y ginecológicas; KAPAL MARCUSÁN, A., y BEDOYA MURIEL, M^a.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 frente a la violación frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, 2009, pág. 65-66, poniendo especial énfasis en las consecuencias que la MGF produce en las mujeres infibuladas, es decir, aquellas que han sufrido MGF del Tipo III; 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*, Revista trimestral de

las siguientes consecuencias del ritual “ablación” en la mujer:

1. FÍSICAS:

1.1. A corto plazo:

- Muerte de la niña por colapso hemorrágico o por colapso neurogénico debido al intenso dolor y al traumatismo.
- dolor intenso.
- choque hipovolémico.
- choque séptico.
- hemorragia.
- tétanos.
- sepsis

Enfermería, núm. 28 octubre. 2012, pág. 402-408, realización una clasificación de las consecuencias para la mujer en físicas (inmediatas y largo plazo), obstréctico-ginecológicas, psico-sociales y sexuales; RAMÍREZ CRESPO, M^a.V y CARMONA RUBIO, A.B. (Coord.): “La Mutilación Genital Femenina en España. Prevención e intervención”, Unión Nacional de Asociaciones Familiares (UNAF), Zaragoza, 2011, pág. 18-20; LOZANO CARO, I., y NIEVES CRESPO, E., (Coords): “Guía para profesionales. La mutilación genital femenina en España. Prevención en intervención”, UNAF, 2013, pág. 43-45, distinguiendo entre consecuencias inmediatas y consecuencias a largo y medio plazo. Por su parte, ORTEGA SÁNCHEZ, I., en *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Iles Balears, 2003, pp. 53-58, distingue además de las terribles consecuencias físicas y psicológicas a las que hacen referencia el resto de autores, importantes efectos sociales derivados del universo simbólico y material que lo conforma. Así, junto al “Cuerpo físico”, la autora habla del “Cuerpo social”; pues la MGF convierte a la niña en una mujer adulta, cumpliendo con la eficacia del ritual, esto es, la construcción de una categoría sexual; la de “mujeres puras y aptas para el matrimonio y la maternidad”.

- retención de orina
- llagas abiertas en la región genital
- formación de abscesos
- lesiones de los tejidos genitales vecinos
- crecimiento excesivo del tejido de cicatrización
- cicatrices de neuroma

1.2. A largo plazo:

- incapacidad para sanar.
- infecciones vesicales.
- obstrucción crónica del tracto urinario
- infecciones urinarias recurrentes.
- piedras en la vejiga.
- incontinencia urinaria.
- aumento de susceptibilidad al VIH/SIDA, hepatitis y otras enfermedades transmitidas por la sangre y de transmisión sexual.
- infecciones de tracto reproductivo.
- enfermedades inflamatorias de la pelvis
- quistes.
- dismenorrea: dolor menstrual.
- hematocolpos: acumulación de sangre menstrual en la vagina.
- hematometra: acumulación de sangre menstrual en el útero.
- anemia crónica, infertilidad y esterilidad
- aumento del riesgo de complicaciones del parto

- parto obstruido
- fístula obstétrica
- incremento del riesgo de sufrir hemorragias e infecciones durante el parto.
- necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, cuando el procedimiento de sellado o estrechamiento de la abertura vaginal se debe corregir quirúrgicamente para permitir las relaciones sexuales y el parto. A veces se vuelve a cerrar nuevamente, incluso después de haber dado a luz, con lo que la mujer se ve sometida a aperturas y cierres sucesivos, aumentándose los riesgos inmediatos y a largo plazo.

2. PSICOLÓGICAS

- Ansiedad.
- Terror.
- depresión
- estrés postraumático
- desórdenes mentales similares a los que padecen las niñas que han sido abusadas sexualmente.
- ansiedad y fobia social.
- síndrome de la ansiedad-depresión enfocada genitalmente “genitally focused anxiety depression”, caracterizado por una constante preocupación sobre el estado de los genitales y el pánico a la infertilidad.
- estado de colapso inducido por el intenso dolor, el trauma psicológico y el agotamiento a causa de los gritos.

3. SEXUALES.

- Dispareunia
- Disminución del deseo sexual.
- Anorgasmia.
- Modificación de la sensibilidad sexual.
- Vaginismo.

Y encuentro refuerzo a la elevada importancia de estas consecuencias de la MGF en la mujer para la delimitación del bien jurídico protegido, en el hecho de que han sido tenidos en cuenta como parte de los Fundamentos de Derecho en la -todavía no muy prolija- jurisprudencia sobre MGF.

Así, en la primera de las resoluciones en las que se produjo un tratamiento de la MGF, la **SAP de Teruel 26/2011**²⁰⁹, **de 15 de noviembre de 2011**, en su Fundamento de Derecho Primero, se dice:

“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 de 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

209 La Audiencia Provincial de Teruel condena a los acusados, nacionales de Gambia, como autores de un delito de lesiones por la mutilación genital realizada a su hija menor. El recurso contra esta Resolución fue desestimado por el Tribunal Supremo con fecha 31 de octubre de 2012, que confirmó los hechos y todos los fundamentos de derecho, entre los que se incluyen los relativos a los efectos de la MGF.

el parto”.

Por su parte, la **SAP de Barcelona 42/2013²¹⁰, de 13 de mayo de 2013**, en su Fundamento de Derecho Primero, viene a decir:

“Ni que decir tiene que las consecuencias que se derivan de esta mutilación resultan evidentes y hasta espeluznantes, no sólo en el plano físico, destacando el dolor severo, el shock emocional, el coito doloroso, la retención de orina, las complicaciones en el parto, la ulceración de la región genital, hemorragias, e infecciones que pueden llegar a provocar incluso la esterilidad, con un elevado índice de mortalidad-fetal. (...) A las secuelas físicas cabe asociar las psicológicas, como trastornos de carácter psicológico, situaciones de ansiedad, depresión y sentimientos de humillación y miedo en el ámbito de la sexualidad habitualmente ocasiona frigidez, reduciendo y limitando sustancialmente la posibilidad de sentir placer, llegando incluso a producir anorgasmia”.

En base al listado de consecuencias negativas en la salud física y psíquica de la mujer y la niña y los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia, me encuentro en condiciones de observar dos cuestiones:

1) Las consecuencias para la mujer del ritual de la “ablación” afectan a tres facetas distintas de su vida, y pueden sintetizarse en tres grandes grupos: “físicas”, “psicológicas” y “sexuales”, y 2) Las consecuencias del ritual “ablación” no se producen únicamente en el momento de la intervención, sino que sus efectos y secuelas son para toda la vida²¹¹. De manera muy gráfica lo expresa Khadi Diallo “no luchamos

210 La Audiencia Provincial de Barcelona condena a los acusados, nacionales de Gambia, como autores de dos delitos de mutilación genital femenina, realizada a sus dos hijas menores.

211 Vid declaraciones realizadas por la Dra. Nigeriana Olanyinka Koso-Thomas. Diario El Mundo, de 26 de noviembre de 2000.

contra el dolor en el momento de la operación, sino contra la mutilación de nuestro cuerpo²¹²”.

Se perfila entonces el ritual “ablación” como una práctica que mutila la salud e integridad de la mujer en todas sus vertientes, y que afecta además a su sexualidad. Y es precisamente en estas múltiples consecuencias donde encuentro apoyo para mi objeto de estudio y así sostener la tesis que vengo defendiendo y que **postula la afectación de la MGF no sólo a la integridad física y psíquica de la mujer o niña sino también a la sexualidad, y consecuentemente, a su dignidad**; entendida ésta como un bien para la autorrealización del individuo, y que queda mermada tras la realización del ritual, impidiendo el libre desarrollo de su personalidad y su libertad sexual.

La variedad de bienes jurídicos tutelados que acabo de mencionar, trataré de esbozarla a continuación sin caer en una suerte de abstracción que llegue a desvirtuar el delito de lesiones en el que la MGF está ubicada. Previamente se hace necesario abordar su tratamiento constitucional como sede de la que parte la protección penal más elemental de derechos.

212 KHADI DIALLO, activista en la asociación GAMS (Grupo de Mujeres para la abolición de las Mutilaciones Sexuales). Al haber sido sometida a la ablación con 12 años cuenta su experiencia y lucha contra este ritual. Vid. Página Web <http://www.unesco.org/courier/2001>.

3.2. La mutilación genital femenina y el bien jurídico dignidad de la persona.

3.2.1. La dignidad de la persona como bien jurídico: concepto y doctrina.

Deviene necesario colocar a la dignidad humana en el punto de mira de la determinación del bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina, sobre todo si tenemos en cuenta que la MGF ha sido declarada por la ONU como una práctica que supone para la mujer una violación de sus derechos a la salud, la seguridad y la integridad física, al derecho a no ser sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y al derecho a la vida en los casos en que el procedimiento acaba produciendo la muerte.

En este sentido, en el ámbito español, la dignidad de la persona es desplegada sobre el Derecho Penal sobre todo a raíz de la afirmación de la dignidad de la persona y del reconocimiento del derecho fundamental a la integridad moral y la prohibición de las penas y tratos inhumanos y degradantes por la Constitución de 1978 (artículos 10 y 15). La invocación de la dignidad y su proyección en el Derecho Penal se ha traducido, por ejemplo, en la afirmación del principio político-criminal de dignidad y en la negación de que pueda considerarse un Derecho positivo que infringiera gravemente el “principio material de justicia, de validez a priori” de dignidad de la persona.

Pero tengamos claro que, frente a quienes niegan la consideración de la dignidad como bien jurídico protegido²¹³, no importa que ésta haya sido o no reconocida como un derecho fundamental por la Constitución, pues “el Derecho Penal ha de constituirse desde el principio constitucional de la dignidad de la persona, de su reconocimiento como ente autónomo frente al Estado, cualesquiera que sean sus condiciones y

213 DIEZ RIPOLLÉS, JL, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 21, 1999, p. 242, y el mismo en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, II*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 242. “El concepto de dignidad es poco adecuado para caracterizar un bien jurídico”. Y GRACIA MARTIN, “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, en *Actualidad Penal*, 1996, pp. 581 y s. “La dignidad humana no es un bien jurídico”.

características”²¹⁴.

Así, del problema de la falta de definición que ya comentábamos en el epígrafe anterior debemos volver a hacernos eco. Resulta difícil para el Derecho Penal adoptar una fórmula que pueda acoger todo el elenco de aspectos dignos de protección bajo el amparo de la dignidad humana: la salud, la integridad física y moral, la libertad, la incolumidad personal. Es por ello que me parece especialmente acertado el alcance que ofrece PÉREZ LUÑO a la dignidad, al proponer que por un lado constituya una “*autodisponibilidad*”, esto es, actuar sin interferencias o impedimentos externos, realizando “*las posibilidades de actuación*”; y por otro, constituya la “*autodeterminación*”, que tiene que ver “con la libre proyección histórica de la razón humana”²¹⁵.

A todas luces se trata de un concepto con múltiples facetas, y es precisamente su carácter versátil, el que ofrece, a mi juicio, el engarce necesario para -bajo una sola fórmula- acoger de forma sintética un bien jurídico tan complejo como el de la dignidad humana, que es en esencia a lo que atentan las prácticas de la MGF.

La flexibilidad del bien jurídico dignidad cumpliría perfectamente con la función que MUÑOZ CONDE ha previsto para el bien jurídico al identificarlo con los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social²¹⁶.

Pese a las críticas que ha recibido la idea de realizar una síntesis de los diversos valores que integran la dignidad humana bajo una única formulación formal y que he apuntado como idónea²¹⁷; entiendo que el argumentario en contra no alcanza a

214 BUSTOS RAMÍREZ, J, *Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad en la Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 7.

215 PÉREZ LUÑO, E, *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*, citado por GÓMEZ PAVAJEAU, CA, “La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXIII, número 93. p. 34.

216 MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez de la Frontera, 1985, pp. 19 y ss.

217 Especialmente: BOIX REIG, J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2016, p. 222, se critica la

comprender el carácter omnipresente de la dignidad humana como un todo capaz de albergar una tutela penal suficientemente garantista y rigurosa. Una protección desde luego amplia, que se sostiene por sí misma, aunque haya que generar una construcción más detallada de qué actos son los que atentan contra la misma y que no deja de encontrar el centro de gravedad de la protección “en el ámbito de la justicia criminal, y representa para ésta, por ello, una obligación fundamental”²¹⁸.

Esta obligación fundamental de la protección de la dignidad en el ámbito de la justicia criminal se ha visto reforzada por la consideración de la dignidad humana como uno de los objetos de especial protección proscrito por los instrumentos normativos constitucionales e internacionales: al igual que ocurre con la tortura, los malos tratos, la trata de personas o la esclavitud, la MGF encuentra un repudio universal.

Me convence RIVACOBÁ, y la firmeza que adquiere su tesis para el caso de la MGF, al diagnosticar el contenido de este repudio universal. Para el autor, “lo que se repudia (...) es el tratamiento del hombre como cosa, el desconocimiento de su dignidad, el someterlo a la acción implacable de las fuerzas naturales y violar lo más íntimo y constitutivo de su ser, es decir, su voluntad y su conciencia”.²¹⁹

pluralidad de valores susceptibles de integrarse con la dignidad de la persona, y se apela la necesidad de individualizar el objeto de tutela que ocupa un lugar central frente a los demás para conseguir la función sistemática del bien jurídico protegido.

218 ZIPF, *Introducción a la política criminal*, traduc. por Izquierdo Macías-Picavea, EDERSA, Madrid, 1979, p. 41.

219 RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, M., “Crisis y pervivencia de la tortura”, en VV.AA., *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 807.

3.2.2. La vinculación entre la tortura y la MGF: la necesaria puesta en común para la determinación del bien jurídico protegido.

La vinculación conceptual con la tortura propiciada por Naciones Unidas, también se realiza en dos de las sentencias que en nuestro país han estimado, a mi entender de forma afortunada²²⁰, la MGF como motivo de asilo, en las que se equipara la MGF con la tortura. Veamos cada una de ellas:

Por una parte, la **SAN, Sección Primera, de 12 de enero de 2005, rec. 540/2003221**, en su Fundamento de Derecho Cuarto, dice así:

“Ello puesto que la mutilación genital femenina es en realidad una manifestación de violencia sexual específicamente dirigida contra las mujeres o género femenino. (...) La persecución que manifiesta sufrir la recurrente a fin de ser objeto de violencia física y sexual, por otra parte, reviste gravedad suficiente como para ser equiparada a la tortura o a los tratos inhumanos o degradantes, y por tanto suponer una grave violación de los Derechos Humanos, tal y como pone de manifiesto, en múltiples y reiterados

220 La estimación se realiza en ambos casos a expensas de que en la legislación vigente en el momento del fallo, es decir, en el artículo 1.2 del Convenio de Ginebra, la persecución por razones de género (la jurisprudencia en este caso entiende que la MGF es una manifestación de la violencia de género), no está prevista como una de las causas de persecución. En ambos casos, la Sala, se acoge al motivo de pertenencia a “un grupo social” para incluir la MGF como motivo de asilo, pues como dice de forma literal: “Es ésta una categoría residual que se aplica a motivos de persecución que no pueden ser catalogados en los demás legalmente previstos (ni por razón de raza ni de religión ni de nacionalidad ni de opiniones políticas), que en ocasiones anteriores hemos aplicado, por ejemplo, a los homosexuales rumanos (Sentencia de 24 de septiembre de 1996) o a los periodistas argelinos (Sentencia de 25 de noviembre de 1997) y en la que encaja plenamente la situación de la actora en cuanto la persecución denunciada por ella deriva directa e innatamente de su pertenencia al género femenino”.

221 La Sala estima el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministro del Interior de 20 de mayo de 2003 que inadmite a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España de doña Eugenia, nacional de Nigeria, que huye de su país al no querer someterse al ritual de la ablación.

informes, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y según deriva también del artículo 2 de la Declaración de la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres. Se trata, por tanto, de torturas o tratos inhumanos y degradantes, expresamente prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma, que por las razones expuestas podría encontrar cabida en la institución de asilo regulada en nuestras leyes”.

Y de otra parte, **la SAN, Sección Tercera, de 21 de junio de 2006**, Rec. 1076/2003²²², en su Fundamento de Derecho Segundo, expresa literalmente:

“Ha de considerarse, por tanto, que este tipo de prácticas reviste gravedad suficiente como para ser equiparada a la tortura o a los tratos inhumanos o degradantes, e implica una grave violación de los Derechos Humanos, expresamente prohibidas en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma y los principios y derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que puede tener cabida en la institución de asilo regulada en nuestras leyes”.

Estas vinculaciones, me llevan a identificar tanto en el delito de mutilación genital femenina como en el delito de tortura, a la dignidad humana como uno de sus bienes jurídicos protegidos. No obstante, pese a su cercanía, en aras a un ejercicio de claridad y rigurosidad, es conveniente desvincular a la MGF de la tortura desde el punto de vista jurídico-penal.

En efecto, los elementos de la tortura quedan bien definidos por DIAZ PITA de la siguiente manera: “la configuración de la tortura como se deriva del artículo 1.1. de la Convención de Naciones Unidas de 1984²²³, exige que se den los siguientes elementos:

222 La Sala estima el recurso contencioso-administrativo que impugna El presente recurso tiene por objeto la Resolución de la Subdirección General de Asilo por delegación del Ministro del Interior de 25 de julio de 2003 por la que se denegó la solicitud de asilo de la recurrente, Mujer Nigeriana que alega la amenaza de mutilación genital por parte de la persona a la que fue entregada en matrimonio, habiendo sufrido ya su hermana la ablación del clítoris.

223 Expresamente este artículo establece: “a los efectos de esta convención, de entenderá por el término “tortura”, todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona intencionadamente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero

en primer lugar un elemento material, en segundo lugar, la cualificación del sujeto activo, y por último, un elemento teleológico. El primero de ellos, es decir, el elemento material, se refiere a la causación de dolores o sufrimientos graves infligidos a una persona, ya afecten a su integridad física, ya a su integridad moral. El segundo de ellos, la cualificación del sujeto activo, exige el carácter funcional de la persona que, media o inmediatamente, lleva a cabo la mencionada causación de dolores o sufrimientos. Y por fin, el elemento teleológico que alude a unos fines u objetivos determinados, que se persiguen por parte del funcionario como son, bien la obtención de una información, bien el castigo por la comisión efectiva o simplemente presupuesta, de determinados hechos”²²⁴.

Se observa que el sujeto activo de la tortura es bastante especial al requerir el carácter funcional o de personal al servicio de la Administración Pública, una realidad subjetiva muy distinta a la que conlleva la práctica de la MGF realizada en la mayor parte de los casos por circuncisores tradicionales que suelen tener otras funciones importantes en sus comunidades, como son las comadronas tradicionales sin titulación profesional²²⁵, y que veremos más adelante, en el capítulo dedicado al sujeto activo. A juicio similar llega AMNISTÍA INTERNACIONAL al denunciar el tardío tratamiento internacional de Derechos Humanos otorgado a la MGF respecto de la tortura, por el hecho de que “los perpetradores fueran particulares y no agentes del Estado”²²⁶.

información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia”.

224 DÍAZ PITA, M.M, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, Santiago de Compostela, p. 12.

225 GARCÍA BUENO, MP, *Manual de Prevención de la Mutilación Genital Femenina*, editado por Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, Madrid, 2014, pág. 41

226 AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La mutilación genital femenina y los Derechos humanos”, Informe.

Así las cosas, queda suficientemente claro que **se debe abandonar la vinculación penal del delito de mutilación genital femenina con el delito de tortura, al menos desde el plano de la tipificación penal.** No obstante, algunos instrumentos de derecho internacional, así como otras categorías jurídico-penales, ofrecen el híbrido del “trato degradante” que encaja perfectamente con la MGF y que constituyen una nota en común con la tortura. Por lo que la remisión y comparación con la misma, será en todo caso, inevitable.

Ante este plano teórico esbozado que asumimos como propio, cabe ahora referirnos de modo expreso y pragmático al alcance que la dignidad adquiere en la MGF, en el epígrafe que sigue a continuación.

3.2.3. Afectación de la práctica de la MGF al bien jurídica dignidad de la persona.

Frente a la dificultad de concreción teórica del alcance de la dignidad, la protección penal de la dignidad de la mujer en el delito de MGF pasa por fijar las acciones atentatorias contra la misma, por un lado; y la determinación de si el elemento sentimental subjetivo de la mujer va a influenciar en la caracterización del acto de la MGF como degradante o inhumano, por otro.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de una labor de concreción de acciones atentatorias a la dignidad mediante el ritual “ablación” que ya he llevado a cabo²²⁷. Y de todas estas acciones constitutivas del ritual “ablación”, queda claro que la dignidad de la mujer entendida como un bien para la autorrealización del individuo, resulta absolutamente mermada tras la realización del ritual, poniendo en peligro tanto su

²²⁷ Nos remitimos aquí al listado de consecuencias físicas, psicológicas y sexuales, recogidas en el epígrafe 2.3.2. “Hacia la determinación del bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina: estudio de las consecuencias del ritual “ablación” en la mujer”.

integridad física como psicológica y dejando graves secuelas²²⁸ que afectan además a su sexualidad.

En relación a la segunda cuestión, relativa a la percepción subjetiva de la mujer mutilada, entiendo muy acertada la posición de ÁLAMO ALONSO al respecto, para quien “la dignidad no depende de la mayor o menor resistencia a la degradación ni de la experimentación de la propia degradación ni de la presencia de sentimientos de degradación. El sentimiento de ser tratado indignamente puede variar de unos hombres a otros. En este sentido, la conducta indignante, degradante, puede causar un mayor o menor sentimiento subjetivo de degradación, de abandono, de desolación, de aniquilación del propio yo, en función de la mayor o menor resistencia de la víctima. Pero de ello no se deriva que la dignidad dependa de tales sentimientos, ni que deba ser protegida en mayor o menor medida en función de la intensidad de los sentimientos subjetivos que la acción indignante produzca”²²⁹.

En este sentido, encontramos en la MGF nuevamente el obstáculo de la tradición cultural por la que es posible que algunas mujeres consideren que están en la obligación de soportar la práctica del ritual sobre su cuerpo, lo que no excluiría, bajo mi consideración, la preceptiva tutela penal amparada en la consideración del bien jurídico protegido “dignidad”.

Pues bien, a modo de conclusión, podemos entender que alcanzamos a definir el bien jurídico protegido “dignidad de la persona” para el delito de MGF, mediante la adecuada delimitación de los comportamientos típicos, que con su contenido singular y distinto del de otros bienes jurídicos esenciales, llena un espacio que se nutre de conductas heterogéneas, que deben ser tenidas en cuenta por las legislaciones actuales y las que se vayan a proyectar en el futuro.

228 Las graves secuelas que provoca son las lesiones, que han sido estudiadas a colación de los efectos de la MGF en la mujer.

229 ALONSO ÁLAMO, M, “Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 12, 2011, p. 27.

4. Mutilación genital femenina y bien jurídico libertad e indemnidad sexual.

4.1. El bien jurídico libertad sexual en la MGF.

Uno de los aspectos que pueden resultar más extraños desde el punto de vista jurídico-penal es el de la vinculación de la MGF con la libertad sexual. Sin embargo, no cabe duda *a priori* -desde la perspectiva estrictamente médica- de que la MGF afecta a la sexualidad de la mujer hasta límites insospechables.

En este apartado, retomaré las consecuencias de la MGF en la mujer para comprender el alcance de las mismas en su sexualidad, y posteriormente, adentrarme en la formulación doctrinal penalista que de la libertad sexual como bien jurídico protegido se ha efectuado; buscando, sin retorno, su encaje y vinculación con la MGF.

Para comenzar, hallamos un primer obstáculo como es la vigencia del mito, que pretende elevar a la MGF como un elemento positivo y potenciador de la sexualidad al vincularla con fertilidad y el mantenimiento productivo y fructífero de la sexualidad. En efecto, entre los mitos que rodean la práctica de la ablación, se encuentran los relacionados con la vida sexual de la mujer. Entre ellos destaca la creencia de que la MGF aumenta su fertilidad y protege la vida del recién nacido, evita las desviaciones sexuales incluidas el adulterio y la prostitución, siendo imprescindible para el mantenimiento de la sexualidad²³⁰.

Sin embargo, al margen del mito y desmontándolo, se hace evidente que la MGF afecta a la sexualidad. Su incidencia fue resumida en el epígrafe de delimitación del bien jurídico protegido a través del estudio médico de sus consecuencias²³¹ -con criterios

230 Alrededor de este mito, proliferan sentencias como la de Gad-al-Haq, Gad-al-haq'Ali: “Nuestra época necesita la circuncisión femenina debido a la mezcla de hombres y mujeres en las reuniones. Si la niña no ha sido circuncidada, se expone a gran cantidad de excitaciones que la empujarán al vicio y a la perdición de una sociedad sin frenos”. MEDISCUSMUNDI ANDALUCIA, op. cit, pág. 28. De especial interés resulta el estudio realizado por ORTEGA SÁNCHEZ, I, sobre la MGF en los mitos, en *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Illes Balears, 2013, pp.62-76.

231 Sobre las consecuencias de la MGF, véase: supra, Capítulo VI. El bien jurídico en el delito de

puramente científico-médicos y psicológicos-, en las siguientes: dispareunia (dolor durante las relaciones sexuales), disminución del deseo sexual, anorgasmia, modificación de la sensibilidad sexual y vaginismo. A ello se le añade menstruaciones muy dolorosas. Y como intuimos, estas consecuencias perjudiciales, se agravan en el caso de la infibulación (MGF del tipo III) y de la pseudoinfibulación (cierre producido por la cicatrización en la MGF tipo II), en los que la penetración vaginal puede ser imposible sin reabrir la cicatriz²³². Bajo estas circunstancias, los efectos sobre la sexualidad convierten la primera penetración en una dura y horrible experiencia dolorosa, siendo para algunas mujeres el acto sexual algo muy doloroso para el resto de sus vidas²³³.

Para mayor abundamiento, la OMS en su nota descriptiva núm. 241 de febrero de 2010, denuncia que la MGF implica otras intervenciones quirúrgicas posteriores, por ejemplo, *corregir el estrechamiento de la abertura vaginal* para permitir las relaciones sexuales y el parto o volver a cerrar nuevamente después de haber dado a luz.

Sin embargo, para un mayor y mejor conocimiento del impacto de la MGF en la sexualidad, es revelador el epígrafe “Efectos sobre la sexualidad”, de uno de los documentos que he tomado como referencia²³⁴:

“La mutilación genital puede hacer que el primer acto sexual sea una terrible experiencia para las mujeres. Puede ser extremadamente doloroso e incluso peligroso si a la mujer se le debe practicar una incisión. Para algunas mujeres, el acto sexual sigue

mutilación genital femenina.

232 Junto al dolor vaginal que se ha dicho respecto de la apertura vaginal para la penetración, se presentan otros problemas derivados: “las mujeres cuya MGF se ha complicado con una fistula vésigo-vaginal o recto-vaginal, pueden ser marginadas socialmente por su incontinencia urinaria o fecal”, véase MEDICUSMUNDI ANDALUCÍA, op. cit, pág. 35.

233 Véase ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013, op. cit, p. 54.

234 AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La mutilación genital femenina y los derechos humanos.”, op. cit. p. 25.

siendo siempre doloroso. Aunque no sea así, la importancia del clítoris para experimentar placer sexual y conseguir orgasmos sugiere que la mutilación que ocasiona la amputación parcial o total del clítoris debe afectar negativamente a la satisfacción sexual. Las consideraciones clínicas y la mayoría de los estudios sobre el disfrute sexual de la mujer sugieren que éste se ve perjudicado por la mutilación genital. Sin embargo, un estudio descubrió que el 90 por ciento de las mujeres infibuladas a las que se entrevistó dijo experimentar orgasmos. Los mecanismos que intervienen en el goce sexual y el orgasmo aún no se conocen plenamente, pero se cree que ciertos procesos compensatorios, algunos de ellos de carácter psicológico, pueden mitigar algunos de los efectos de la ablación del clítoris y de otras partes sensibles de los genitales”.

En mi opinión, el texto nos invita a reflexionar sobre el impacto de la MGF no tanto en la salud (bien jurídico protegido en las lesiones) de la mujer sino en el disfrute sexual (libertad sexual, bien jurídico protegido en esos delitos) de la misma, queriéndonos indicar que los genitales femeninos -y más en concreto el clítoris- no son la única fuente de placer sexual de la mujer. Si como se afirma, el 90% de las mujeres infibuladas desarrollan otras maneras de experimentar placer sexual, es aquí donde cabe ahora realizar la siguiente pregunta: ¿Queda la sexualidad de la mujer absolutamente anulada con la práctica del ritual de la ablación y la consecuente lesión de sus genitales femeninos?

Porque en función de cómo valoremos las consecuencias del ritual en la sexualidad -que va unido a un inevitable concepto cultural y social sobre el papel del clítoris- así podremos acercarnos a nuestro objeto de estudio: la afección de la MGF a la libertad sexual de la mujer.

En el afán de aclarar esta circunstancia, y teniendo en cuenta que son escasos los estudios que hasta el momento se han realizado de forma expresa en el ámbito médico-científico, encuentro un apoyo teórico con las tesis de la Dra. Álvarez Degrori²³⁵, para las que los referentes anatómicos para la comprensión y esclarecimiento de este tema

235 Véase, ÁLVAREZ DEGRORI, M^a.C., *La mutilación genital femenina y otros demonios*, Barcelona, 2001, pp 15-24.

son fundamentales, y en que la gran complejidad tanto de la sexualidad humana así como de la anatomía y fisiología sexual con las cuales interacciona ponen en riesgo “universalizar” cualquier equivalencia basada en criterios estrictamente estructurales. Así, pese a que las líneas conceptuales aún aparecen oscuras en este tema, de las descripciones realizadas sobre los procedimientos realizados para los diferentes tipos de intervención genital²³⁶ a través del ritual de la ablación (circuncisión, escisión o infibulación), dice la Doctora:

“Resulta posible deducir que las técnicas rudimentarias generalmente utilizadas en ambientes domésticos (e incluso hospitalarios) para los diferentes tipos de intervención genital femenina (circuncisión, escisión o infibulación) se circunscriben a la parte externa del clítoris, sin que lleguen a comprometer las prolongaciones laterales de los cuerpos cavernosos, ni las otras estructuras estériles más profundas e intraperineales como los bulbos vestibulares. Con esto, desde un enfoque estrictamente anatómico, pretendo señalar que la tendencia general a catalogar estas escisiones como “radicales” es anatómicamente incorrecta y, en consecuencia, también lo sería atribuir a la supresión total del tejido erógeno/eréctil genital la anorgasmia que pudiera provocar esta intervención genital²³⁷.

Parece que la lesión al clítoris producida con el ritual ablación no agota las funciones orgásmico-sexuales del cuerpo femenino, y que el potencial orgásmico va mucho más allá de este órgano²³⁸. Me oriento entonces a entender que el estatus

236 Sobre los diferentes tipos de MGF, véase: *Infra*, Capítulo VI. El delito de mutilación genital femenina, epígrafe. 1.2.2.

237 Cfr. ÁLVAREZ DEGRORI, M^a.C., *La mutilación genital femenina y otros demonios*, Barcelona, 2001, op. cit, p. 18.

238 Para un mayor conocimiento desde el punto de vista fisiológico del funcionamiento del orgasmo femenino, véase: MASTER, W.H., JOHNSON, V.E, y KOLODNY, R.C.; *La sexualidad humana*, Barcelona, 1995, traducción castellana de la 13^a edición revisada y ampliada, volumen I, pp 88-89, en concreto resulta de especial interés la siguiente idea: “desde el punto de vista fisiológico, todos los orgasmos femeninos se atienen a las mismas pautas de respuesta refleja, sea cual fuere la fuente de estimulación sexual”; en sentido similar, ÁLVAREZ DEGRORI, M^aC, op. cit, p. 18, a colación de la reflexión sobre la relevancia desde el punto de vista estrictamente anatómico del fragmento del clítoris

otorgado al clítoris como único responsable del disfrute sexual es una muestra del monopolio cultural occidental, que además delata en gran medida una concepción de la sexualidad como algo estrictamente clitoridiano²³⁹, muy reduccionista, que, a mi juicio, choca con el afán modernista de nuestras sociedades, supuestamente informadas, hedonistas e instruidas.

Y este alcance se ve reflejado en los propios medios de comunicación que centran los efectos más adversos de la MGF en el control de la sexualidad y en la disminución de experimentación de placer sexual de la mujer, en una monotonía casi imperativa que nos conduce a pensar que la riqueza de la sexualidad de la mujer pende únicamente del órgano sexual clitoridiano.

El mismo mensaje lanzó Naciones Unidas a colación del informe “Estado de la población”, publicado en nuestro país el 20 de septiembre de 2000, refiriéndose a la práctica de la MGF en la modalidad de la infibulación, de la siguiente manera:

“Esta terrible violación de los derechos humanos de las niñas y las jóvenes se basa en creencias predominantes de que la sexualidad femenina debe ser controlada y la

extraído con la intervención de los genitales femeninos, dice: “las interpretaciones derivadas de este supuesto anatómicamente erróneo se asocian estrechamente a otro supuesto sobre la fisiología del orgasmo femenino, no menos erróneo que el anterior y basado en la creencia de que existen dos tipos de orgasmo: uno clitoridiano y otro vaginal. Este error conceptual se origina en la teoría de Freud sobre los estadios de la maduración psicosexual femenina y las relaciones con los centros erógenos de la sexualidad infantil y adulta, referidos al clítoris (estimulación masturbatoria) y a la vagina (estimulación coital) respectivamente, ambas capaces de generar orgasmo”. Véase también, KAPLAN MARCUSAN, A.: *La nueva terapia sexual, 1. Tratamiento activo de las disfunciones sexuales*, Madrid, 1974, pp. 19-103, y SHERFEY, M.,J: *Naturaleza y evolución de la sexualidad femenina*, Barcelona, 1974.

239 Para un mejor conocimiento del funcionamiento de la sexualidad más allá de los órganos genitales, véase el trabajo, desde el plano de la psicología, de SANZ, J., *Psicoerotismo femenino y masculino*, Barcelona, 2011, pp. 79-90, epígrafe “El placer y el orgasmo”; la autora pone en valor la percepción global del placer sexual frente a la inercia en considerar los genitales -tanto femeninos como masculinos- como únicos conductores al orgasmo. Véase también, en este sentido, desde la perspectiva de la psicología y el psicoanálisis: REICH, W.: *La función del orgasmo*, Buenos Aires, 1983, glosario, p. 295 y ss y MASTERS, W.H., y JOHNSON, V.E.: *Respuesta sexual humana*, Buenos Aires, 1976, pp. 118-126.

virginidad preservada hasta el matrimonio”.

Ante este panorama, es ahora el más adecuado momento de preguntarnos por la delimitación que la doctrina penal realiza y cómo acota conceptualmente el bien jurídico libertad sexual²⁴⁰ vinculado a los delitos sexuales²⁴¹. Entre ellas vamos a

240 En relación a la determinación del bien jurídico protegido “libertad sexual” y su complejidad, véanse los siguientes estudios: MUÑOZ CONDE, F, “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX del Libro II del Código Penal), en MUÑOZ CONDE, F, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y GARCÍA ARÁN, M, *La reforma del Código Penal de 1989*, año, Madrid, pp. 206-207; y Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, 2015, p. 120 ; SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2016, pp. 165-178; DIEZ RIPOLLÉS, J.L, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, pág. 22-23; *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985, p. 23; y “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Estudios de derecho judicial (Delitos contra la libertad sexual)*, número 21, 1999, p. 215-259. CARMONA SALGADO, C, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, p. 227; LAMARCA PÉREZ, C, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996, pág. 50-61; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A, “Los abusos sexuales”, en Ministerio Fiscal, *Estudios Jurídicos VII*, Madrid, 1997, p. 577-579; MAQUEDA ABREU, M.L, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: actas del congreso de Derecho Penal y Procesal*, Sevilla, 11 al 15 noviembre de 1996, Sevilla, 1998, p. 79-86; MONGE FERNÁNDEZ, A, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, número 15, 2010, p. 87-88; CARUSO FONTÁN, “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales. La moral sexual y sus implicaciones en el concepto de bien jurídico”, en *Nuevas perspectivas sobre los delitos de libertad sexual*, Valencia, 2006, epígrafe: Capítulo II, p, 2-4.

241 Es en este tipo de delitos -delitos sexuales- en los que se ha recurrido permanentemente a la libertad sexual como objeto del bien jurídico protegido, una vez se han superado las viejas remisiones a la honestidad y a la moral sexual, abandonadas por la doctrina mayoritaria. Hasta el Código Penal de 1989, nuestros códigos penales habían considerado estas conductas como “delitos contra la honestidad”, y así se agruparon una serie de delitos que engloban acciones deshonestas y que afectan a bienes jurídicos de distinta naturaleza, véase, GIMBERNAT ORDEIG, E, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, p. 197 y ss. La superación del abandono de tales tesis, abandonando los conceptos de “moral sexual” y de “orden

buscar el soporte necesario para afianzar nuestra tesis.

Lo primero que se debe señalar es que la libertad sexual se engloba dentro de la libertad entendida de forma general, pero el ejercicio de la propia sexualidad, y la libertad a la disposición del propio cuerpo, aparece como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión con la protección genérica que se concede a la libertad²⁴².

En líneas generales, la libertad sexual es entendida como el derecho de la persona a disponer sobre el momento, forma, medida y significado de su comportamiento sexual. Significa que el titular de la misma reserva su comportamiento sexual conforme a motivos propios en el sentido de que es él quien decide sobre su sexualidad, sobre cómo, cuándo y con quién mantener relaciones sexuales²⁴³.

Esto lo traducimos, siguiendo a un determinado sector doctrinal²⁴⁴, como la autodeterminación personal en el ámbito sexual. Es decir, como una *autodeterminación sexual*²⁴⁵ entendida como lo que sólo genuinamente una persona puede disponer, en

moral sexual” es aplaudida por MUÑOZ CONDE para quien “se correría el peligro de convertir el Derecho penal en esta materia en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, pp. 196 y ss.

242 Vid. MUÑOZ CONDE, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015, p. 217.

243 Véase BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política Criminal*, Valencia, 2003, p. 156. Y también: SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2016, pp. 149.

244 Para la tesis de la autodeterminación sexual, véase: BORJA JIMÉNEZ, op. cit. p. 156; FISHER ZSTW 112, 2000, pág. 87, y el estudio realizado por MONGE FERNÁNDEZ, A, op. cit, p. 53, en el que se recoge la semejanza con la tesis seguida por el Código Penal alemán donde a partir de la 33ª Ley de modificación del Código Penal 29 y la 6ª Ley para la Reforma del Derecho Penal 30 se determina el reconocimiento del bien jurídico individual, personal de la autodeterminación sexual como el fondo decisivo de la protección penal.

245 Puede verse como el concepto de autodeterminación sexual aparece recogido de forma clara por

relación a su sexualidad y a su cuerpo desde su libre voluntad, su propia voluntad²⁴⁶.

La autodeterminación sexual no deja de ser un concepto positivo de la libertad sexual que traemos a colación, en resumidas cuentas, entendiéndola como la capacidad de la mujer para el disfrute de su cuerpo sin restricciones en su potencial y capacidad. Y que en el caso de la MGF asaltan las alertas y las dudas quedando su virtualidad frustrada en las mujeres sobre las que se ha practicado el ritual de la ablación.

En síntesis, y para no perdernos de la idea principal, se nos presenta un concepto de libertad sexual en el sentido de una potencialidad y capacidad de crecimiento y de autorrealización de la mujer, que pese a que la lesión del clítoris no supone una anulación total del placer sexual, se ve frustrado de manera evidente con el ritual de la ablación. La tesis -que además comparto- sobre la generalidad de la sexualidad como algo que va más allá de los genitales, no es obstáculo, sin embargo, para considerar que la MFG limita, como mínimo, y condiciona, el placer sexual de la mujer y que tras ella existe un control intencionado de su sexualidad²⁴⁷.

la jurisprudencia. Por ejemplo, en las SAP Madrid, 9 febrero 2010 (LL 53250/2010); SAP de Lleida, Sección 1a, 3 de febrero 2010 (LL 37939/2010). Y de manera más reciente, en la STS de 17 de septiembre de 2015, en la que se utiliza la expresión “autorrealización en el terreno sexual”; en el mismo sentido la SAP de Barcelona 463/2015 de 26 de mayo de 2015, la SAP de Toledo 9/2015 de 1 de abril de 2015, la SAP de Zaragoza 115/2014 de 30 de diciembre y la SAP de Les Illes Balears 30/2015 de 4 de marzo de 2015.

246 La doctrina alemana, representada por OTTO, consolidó la tesis de que no se protege un orden sexual establecido, sino un bien jurídico individual como es la autodeterminación sexual en el contexto de un orden social determinado. Así, ubicó los delitos contra la autodeterminación sexual, en los “delitos contra los fundamentos social éticos de la vida de la colectividad” (“Delikte gegen die sozioethischen Grundlagen des Gemeinschaftslebens”) y por ello, entre los “delitos contra los bienes de la universalidad”, véase MONGE FERNÁNDEZ, A, op. cit, p. 54.

247 En relación al control de la sexualidad, resulta especialmente esclarecedor el estudio realizado por ORTEGA SÁNCHEZ, I, op. cit, pp. 74-76, concretamente el epígrafe “La socialización de la sexualidad”. Según explica la autora la identidad que persigue la MGF supone para la mujer la pérdida de un órgano directamente relacionado con el placer y el deseo sexual. El mito constituye un sistema social de control de la sexualidad de las mujeres. Siendo una de las tendencias que se observan en el análisis comparativo cultural es que la sexualidad está al servicio del grupo, está socializada. Y así, para la autora

Esta tesis, se encuentra avalada por la reciente y escasa jurisprudencia sobre MGF. Llama la atención cómo las repercusiones de la ablación en la sexualidad de la mujer han sido destacadas, aunque con cierta ligereza y desde luego desde un plano muy poco riguroso, por la doctrina jurisprudencial. Pese a que el planteamiento no es el más adecuado, la alusión a la sexualidad denota un plus de sensibilidad con el tema que abordamos, y sobre todo, son incuestionables los efectos negativos en el plano sexual. Veamos:

En primer lugar, la SAP de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre de 2011, señala a este respecto en su Fundamento de Derecho Primero:

“La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer... (...), impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones externo, en el momento de la penetración y el parto” y La ablación sexual de es la mutilación de parte de los genitales externos femeninos para evitar sentir placer sexual, con la finalidad de que pueda llegar virgen al matrimonio, puesto que, si no es de este modo, la mujer puede ser rechazada”.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo de 2013, en su Fundamento de Derecho Primero:

La ablación sexual de es la mutilación de parte de los genitales externos femeninos para evitar sentir placer sexual, con la finalidad de que pueda llegar virgen al matrimonio, puesto que, si no es de este modo, la mujer puede ser rechazada.

Por lo tanto, en atención a la concepción doctrinal-penal que he elegido, no me aventuro si considero que la libertad sexual es uno de los bienes jurídicos que han de

-tesis a la que me adhiero por sentido común-, la socialización de la mujer es un factor importante de la subordinación de la mujer que se deriva del esfuerzo del sistema social patriarcal por controlar la procreación.

protegerse en la MGF.

Sin embargo, la tesis de la libertad sexual como bien jurídico protegido en la MGF, que, en resumidas cuentas, la entendemos y traducimos como capacidad de autodeterminación sexual, no nos sirve para los casos en los que la MGF es realizada sobre niñas menores de edad²⁴⁸.

Resulta difícil asumir y entender que las menores puedan ostentar plena libertad sexual en el sentido formulado del término por la acepción jurídica²⁴⁹, por ello debemos acudir a un concepto aportado por la doctrina italiana y acogido ampliamente por la doctrina española, más apropiado para el caso: la indemnidad sexual²⁵⁰.

248 Y es precisamente a las niñas a quienes se le realiza en mayor porcentaje que a las mujeres adultas la MGF. En la Nota Descriptiva número 141 de la OMS, en el apartado “Datos y cifras”, se estima que unos 140 millones de mujeres y niñas sufren en la actualidad las consecuencias de la MGF, y que en la mayoría de los casos se practican en la infancia, en algún momento entre la lactancia y los 15 años. Se calcula que en África hay 92 millones de mujeres y niñas de más de 10 años que han sido objeto de MGF.

249 En este sentido, y aunque entraremos en el debate en líneas más abajo, véase: ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, pág. 18 y ss. Para ellos, los menores ostentan libertad sexual pero su “especialidad” impide que no se les reconozca, que no se les suponga capacidad suficiente para gestionar el impulso sexual. De ahí surge una tutela cualificada por parte del Estado, que no entra a valorar y pronunciarse sobre la libertad sexual de menores, sino que se instala en una presunción “iuris et de iure” en virtud de la cual no tienen capacidad suficiente para relacionarse con adultos.

250 La indemnidad sexual fue incluida con la Reforma del Código penal de 1999, junto a la rúbrica del que actualmente es el Título VIII, en el que se incluyen ataques muy diversos a la libertad sexual. Tradicionalmente la doctrina española ha considerado que los menores de edad carecían de autodeterminación sexual. A favor de la conceptualización de la indemnidad sexual: Cobo del Rosal fue pionero en introducir en la doctrina española el concepto de “indemnidad sexual” en sustitución de “tangibilidad sexual”, vid. COBO DEL ROSAL, M, “El delito de rapto”, en COBO DEL ROSAL, M (director), en *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1983, pp. 392 y ss.; LAMARCA PÉREZ: *El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual*, La Ley Penal, 2007, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, *Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001; ROPERÓ CARRASCO, J, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 34, 2014.

Y es que si algo caracteriza a los menores de edad es carecer de autonomía para determinar su comportamiento sexual, existiendo actualmente en nuestro entorno cultural una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad o “indemnidad” que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a las menores²⁵¹.

4. 2. La indemnidad sexual en la MGF.

No obstante, se hace necesario abrir un pequeño paréntesis para apuntar cómo el bien jurídico de la indemnidad sexual no ha contado con una trayectoria pacífica en la doctrina, de manera que existen autores que no están de acuerdo con su formulación. Para ellos, la indemnidad sexual no cuenta con entidad propia y es un valor siempre en relación con la libertad sexual²⁵². Para algunos de estos autores, al ser el consentimiento del menor completamente irrelevante, el sujeto activo que abusa del menor lo hace con desprecio de una voluntad que es inválida: al no existir la libertad del menor, “la involucración sexual de la víctima en la acción sexual del sujeto no es libre”²⁵³.

251 Vid. MUÑOZ CONDE, F, op. cit, p. 217.

252 Entre estos autores se encuentra DÍEZ-RIPOLLÉS: “La protección de la libertad”, op. cit, p. 128, para quien el concepto de libertad sexual es suficiente también para los menores, pues comprende “la de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla” y del mismo autor “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial núm 21, Madrid, 2000, p. 217 y ss; ORTS BERENGUER, E. y SUAREZ - MIRA RODRIGUEZ, C.: “Los delitos contra la libertad...”, op. cit, p, 19 y ss; BUENO ARÚS, F.: “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial núm. 21, Madrid, 2000, p. 271; BOLDOVA PASAMAR, M.A.: “Art. 189” en DÍEZ RIPOLLÉS. J.L y ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. II, Valencia, 2004, edit. Tirant lo Blanch, p. 524.

253 Cfr. ROPERO CARRASCO, J: “Reformas penales y política..”, op. cit, p.. 245; PRATS i CANUT, J.M.: “Aspectos penales de la explotación de la infancia”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C.,

Sin embargo, a mi juicio, poner en cuestionamiento la entidad de la indemnidad sexual supone asumir un menoscabo para el tan necesario e importante crecimiento del menor -en nuestro caso, de la menor mutilada-. Si no dotamos a la indemnidad sexual de un contenido específico al margen de la libertad sexual, estamos obviando el interés primordial que con este bien jurídico se intenta proteger: el bienestar psíquico del menor. Un bienestar que transcurre por el entendimiento normal y el descubrimiento del fenómeno de la sexualidad, así como en la forma de afrontarla y asumirla²⁵⁴; que queda totalmente frustrado con la extirpación total o parcial de los genitales femeninos de la menor, en el caso de la MGF. La indemnidad sexual, en estos términos no viene más que a proteger el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución española, CE) con el deber de protección de la infancia por parte de los poderes públicos (arts. 39 y 49 CE)²⁵⁵.

En este sentido, y en orden a no caer en inevitables comparaciones; se ha de aclarar que la indemnidad sexual ha sido introducida en la doctrina penal para poner en valor la protección del menor en relación a los delitos sexuales -siendo el más característico el abuso sexual-. Y claro, la MGF comprende un contexto cultural y unos hechos característicos muy distintos a los que tienen que ver con los delitos de índole sexual, como lo ha recogido expresamente -a colación del estudio de lesividad en los

Explotación y protección jurídica de la infancia, 1998, edit. CEDECS, pp. 118-119. En contra, sin embargo, ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C., “*Los delitos contra la libertad...*”, op. cit, pp. 18 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, Valencia, 2014, pp.. 151 y ss.

254 Cfr. ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad...*, op. cit, pág. 20. Además, en la línea de conferir un contenido propio a la indemnidad sexual, véase: MENDOZA CALDERÓN, S.: *El Derecho Penal frente a las formas de...* op. cit., pp. 183 y ss; GARCÍA VALDÉS, C.: “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI, OCTAVIO DE TOLEDO y GURDIEL SIERRA, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 414, que llega a señalar la necesidad de proteger la dignidad de la persona -del menor- y de los derechos que le son inherentes a la misma.

255 Cfr. RAGUÉS i VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2011, p. 71.

abusos sexuales a menores- ROPERO CARRASCO, en una interesante comparación entre los abusos sexuales a menores y la MGF:

“En mi opinión, por tanto, hay nuevamente que rechazar las teorías que relativizan la lesividad de los abusos sexuales sobre la base de supuestas diferencias culturales. En contra de lo señalado podría argumentarse que mientras que en los casos de mutilación genital femenina el daño causado es evidente: el dolor de la intervención, la mutilación, dolores en la zona, quistes, afectación a la capacidad de experimentar placer sexual, etc., en el caso de abusos sexuales a menores no basta con indicar que no se ha probado que sean buenos, sino que hay que demostrar que son lesivos. Otra vez, el discurso nos conduce a la necesidad de determinar la lesividad de estos comportamientos”²⁵⁶.

De la lectura de este texto, se observa que tanto el contexto social y cultural, así como la lesividad de la MGF en relación al abuso sexual es bien diferente. Por consiguiente, es comprensible que tal grado de diferenciación nos pueda llevar a pensar que en la MGF no se produce un ataque a la indemnidad sexual de la menor mutilada.

256 Vid. ROPERO CARRASCO, J.: “Las reformas penales y la política criminal...”, op. cit, p. 238. La autora continúa señalando: “A nadie se le escapa que una parte del daño asociado a una determinada vivencia se ve modulado por la comprensión social de la misma. Según señalan algunas de las mujeres africanas que se han atrevido a hablar sobre la mutilación genital femenina, superado el momento traumático de la intervención directa, se sintieron en parte emocionalmente consoladas por el acogimiento social e incluso experimentaron un bienestar asociado a la idea de que la práctica les había proporcionado una “pureza física” de la que carecían. Estas mujeres, al padecer después las secuelas, y al entender la agresión sufrida desde una perspectiva cultural diversa, sufrieron nuevos daños emocionales, añadidos a los que ya habían sufrido. Sin embargo, aun siendo cierto que la respuesta social incorpora una dimensión concreta a cualquier vivencia, esto, como intentaré mostrar después, no elimina la lesividad inmediata y mediata derivada de otros factores. Por otro lado, demostrada la dañosidad de una determinada actuación, la tradición o la cultura no pueden ser invocadas para relativizar el daño”.

Entonces, procede preguntarse, **¿qué tiene que ver la indemnidad sexual del menor en los delitos sexuales con la indemnidad sexual de las menores mutiladas en la MGF? ¿Estamos haciendo referencia al mismo bien jurídico protegido?**

Alcanzamos a responder esta pregunta cuando consideramos a la indemnidad sexual como una coartada a la libertad sexual *future* del menor. Cuando sin percatarnos en las diferencias culturales y en la especialidad del resultado lesivo, nos damos cuenta de que en un caso como en otro se ha producido una merma en el desarrollo de su personalidad y en su desarrollo sexual. En el caso de la MGF los daños son evidentes (quistes, dolores vaginales, dolores en la penetración, condicionamiento y afectación a la capacidad sexual y de sentir placer, anorgasmia, etc); y en el caso de los abusos a menores -aunque se ha cuestionado su repercusión en el menor²⁵⁷- también es evidente su incidencia en el desarrollo sexual, al tratarse de una agresión sexual intimidatoria, violenta y traumática.

Es decir, tanto en un caso como en el otro, la lesividad alcanza un nivel penalmente relevante. En ambos casos las menores son expuestas a una situación de

257 La lesividad de los abusos sexuales ha sido discutida cuando ha mediado consentimiento explícito o implícito por parte del menor en base a considerar que en estos casos, la afectación no es tan traumática. Sin embargo, el resultado lesivo no debe quedar al arbitrio de cómo se sienta la víctima. Es la psicología, la medicina, la psiquiatría y las investigaciones realizadas en estos ámbitos las que ofrecen un inequívoco cuadro de repercusiones: depresión, desarrollo de conducta agresiva, sexualización excesiva, comportamientos sexuales anómalos, estrés postraumático, ansiedad, etc. Cada vez son mejores los métodos para la averiguación de las secuelas y valoración del daño en estos supuestos, siguiendo índices reconocidos en la psicología clínica. El análisis científico en rigor nos da cuenta de que se han de tener en cuenta las secuelas en los abusos sexuales, sin que haya que poner en duda su resultado lesivo. Vid. ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P., “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”, *Cuaderno de Medicina Forense*, nº 12, 2006, pp. 79 y ss; CORTÉS ARBOLEDA, M.R. y CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, Madrid, 1997, pp.174 y ss; y como obra de referencia para comprender “el síndrome del niño maltratado”, véase, por su importancia y su presencia en los estudios sobre abuso sexual a menores, el trabajo del médico-pediatra Henry Kempe, en KEMPE, C.H, SILVERMAN, F.N, STELE, B.F, DROEGEMUELLER, W, SILVER, H.K.: “The battered child syndrome”, *Journal of the American Medical Association*, 1962, pp. 17-24; tenido en cuenta por CORTÉS ARBOLEDA, M.R. y CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, op. cit, pp. 2-3; y ROPERÓ CARRASCO, J.: “Las reformas penales y la política...”, op. cit, p. 237.

máxima vulnerabilidad, derivada de exponer su cuerpo sin conocimiento de lo que está sucediendo, sin consentimiento (o emitiéndolo de forma confusa y forzada), y sometándose a una situación absolutamente indeseada.

Recapitulando, el concepto de indemnidad sexual que vengo defendiendo como bien jurídico protegido en la MGF producida a niñas menores de edad, tiene que ver con la defensa de una futura libertad sexual y el derecho a un normal desarrollo de la personalidad que en la edad adulta se traducirá en libertad de comportamiento sexual²⁵⁸.

En atención a este concepto de indemnidad sexual, entiendo que la protección de las menores mutiladas debe orientarse a evitar daños y secuelas que repercutan de forma negativa en el desarrollo futuro de su sexualidad; concretamente para que cuando sean adultas no se ven condicionadas y limitadas en su comportamiento sexual²⁵⁹.

Así, pretendo concluir que la indemnidad sexual tendrá un doble sentido para el caso de la MGF; en primer lugar, como el derecho de las niñas a no verse involucradas y sometidas al ritual de la ablación; en segundo lugar, en sentido más amplio, inclusivo

258 En la línea de este planteamiento, véase: MUÑOZ CONDE, F, “Derecho Penal. Parte Especial”, op. cit, Valencia, 2015, pág. 217, para quien al no poderse proteger la libertad del menor, que no existe en estos casos, lo que se defiende es la libertad futura o la normal evolución y desarrollo de su personalidad para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 20, 2013, pp. 18-19, la autora explica de una manera clara la idea de la afectación a una libertad sexual futura, repercutiendo en el equilibrio del menor, así: “el punto de partida del tratamiento diferenciado que reciben los menores de edad en este caso radica en que el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que se entiende que ciertas conductas de carácter sexual o relacionadas con el sexo pueden afectar a la evolución y desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en la vida o el equilibrio psíquico del menor en el futuro”; RAMÓN RIBAS, E.; *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Navarra, 2013, p. 17; CARUSO FONTÁN, V.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, nº 28, 2011, pp. 32 y ss; LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 162.

259 Sobre la prevención, se encuentra desarrollado en el Capítulo IV. Cuestiones previas, introducción.

de la protección de la formación del desarrollo de la personalidad y de sexualidad de la menor.

5. Toma de postura.

Durante el desarrollo de este capítulo he tratado de exponer cómo el bien jurídico protegido en el MGF no puede delimitarse si no es a través del estudio de las evidentes consecuencias en la salud de la mujer; tanto física como psíquica, así como en su propia libertad sexual.

Consecuentemente, se ha abierto ante mí un elenco de bienes jurídicos que deben ser tutelados mediante la prohibición de la MGF. Y esta variedad de bienes jurídicos me lleva a considerar que la MGF es un delito “pluriofensivo”²⁶⁰. Esta caracterización la explica el hecho de que su prohibición ha de proteger una serie de intereses y valores como la salud física y psíquica, la integridad corporal, la dignidad y la libertad sexualidad, o indemnidad sexual en el caso de las niñas.

Desgraciadamente, la MGF al igual que la tortura supone infringir deliberadamente fuertes dolores y sufrimientos cuyos efectos pueden costar la vida²⁶¹.

260 Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, Barcelona, 1990, pág. 25 y ss. Del mismo modo, y en relación al concepto y naturaleza del “delito pluriofensivo”, véase la SAP de Vizcaya de 16 de mayo de 2001, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo, literalmente define los delitos pluriofensivos como “aquellos que protegen al mismo tiempo varios bienes jurídicos”, en idénticos términos se pronuncia la SAP de Valencia de 17 de noviembre de 2005 y la SAP de Madrid de 9 de julio de 2015. En términos similares, pero de redacción diferente la SAP de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de julio de 2015, “es un delito pluriofensivo donde se protege más de un bien jurídico”.

261 De la misma opinión ADAM MUÑOZ, MD, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, p. 31.

CAPÍTULO VII. EL DELITO DEL ARTÍCULO 149.2.

ANTECEDENTES

1. Consideraciones preliminares.

Para comenzar el estudio del delito de mutilación genital recogido en el artículo 149.2 del Código Penal, entiendo imprescindible recorrer, de forma retroactiva, el camino que ha seguido el Código Penal hasta alcanzar la actual tipificación.

El tipo penal de MGF fue introducido en nuestro Código Penal por primera vez a instancia de la Ley Orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros (en adelante Ley 11/2003)²⁶² que vino a reformar de forma considerable el Código Penal hasta entonces vigente. Es a partir de entonces cuando se puede hablar rigurosamente de la “mutilación genital” como un delito integrado en el ámbito de las lesiones recogido en el art. 149.2, con su propia conducta típica.

La Ley 11/2003, al igual que el resto de leyes, aparece con una función propiamente reparadora, de respuesta a la sociedad de su momento y a su problemática²⁶³, y es – a su vez-, instauradora de una figura delictiva que no existía y

262 Esta Ley se suma a las reformas penales del año 2003, y es justificada en su propia Exposición de Motivos como una iniciativa que no debe considerarse aisladamente sino integrada en el Plan de lucha contra la delincuencia presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, integrado por un conjunto de reformas tanto organizativas como legislativas. La estudiaremos más adelante. No obstante, para un conocimiento más extenso de las implicaciones y alcance de lo que se puede llamar “Reforma Penal de 2003”, Véase también: DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a.R. (Coords)., *La reforma penal a debate*, Salamanca, 2004.

263 A grandes rasgos, en su Exposición de Motivos desde el primer momento quiere indicarnos la

que se convierte en un imperativo para el legislador. Por lo pronto, nos hace pensar que en nuestro país habíamos permanecido, al menos jurídico-penalmente, ajenos a este ritual ancestral, del que sólo nos hemos percatado con la llegada abundante de personas de otras culturas y entornos geográficos, producto de los flujos migratorios²⁶⁴.

En cualquier caso, es una Ley que marca un antes y un después en el tratamiento jurídico-penal de la mutilación genital femenina, erigiéndose en eje sobre el que pivota el estudio de la conducta típica y sus fronteras y que me sitúa en la necesidad de aplicar de forma pragmática de la metodología del “antes y después”. Por ello, el análisis del delito de mutilación genital ha de discurrir por dos orientaciones esenciales: 1) El estudio de la incriminación de la mutilación genital previo a la aprobación de la LO 11/2003; y 2) El estudio de la mutilación genital como delito de lesiones tras la LO 11/2003.

Estos dos puntos nos introducirán de lleno, inevitablemente, en el debate doctrinal sobre la idoneidad-necesidad de un nuevo tipo de mutilación genital en

necesidad de acoplarse a la realidad social de su tiempo. Así: “la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”.

264 La realidad de los flujos migratorios como piedras angulares de la importación de esta práctica ritual en nuestro país ya ha sido advertida en algunos trabajos sobre MGF desde el plano jurídico. Cfr. VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14, 2014, p. 6; SERRANO TÁRRAGA, M^a D., “Diversidad Cultural y Ordenamiento Jurídico Penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en REGUEIRO GARCÍA, M^a.T y PÉREZ ALVÁREZ, S. (direcs.), *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014, p. 395; ROPERO CARRASCO, J., op. cit, 2001, p. 1395; TORRES FERNÁNDEZ, E.; “El nuevo delito de mutilación...”, op. cit. p. 3. Y en relación con otros delitos como el de Matrimonios forzados, Cfr, CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Violence against women. Forced marriages” en VII IFCCLGE, Paper Collection, Beijing, 2015, p. 235 y ss; CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E.; *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017, pp. 497-518.

nuestro Derecho penal, así como en la valoración inexcusable del cambio consustancial en nuestro Código Penal tras la LO 11/2003.

Sea dicho que, como sucede con la creación de todo nuevo tipo delictivo, la definición y dilucidación de su ámbito dentro del Código Penal a través de las conductas que con él se quieren prohibir, conlleva un esfuerzo que trataré de afrontar en los siguientes epígrafes; a sabiendas de que la delimitación de los contornos y fronteras con otros tipos penales será una constante suerte de contradicción. En todo caso, se hace necesario concretar cuál es su ámbito y conducta típica propios.

2. La incriminación de la mutilación genital femenina previa a la LO 11/2003.

El desarrollo de este epígrafe se encuentra a todas luces destinado a iniciarse con el siguiente preámbulo interrogativo: ¿Existía en el Código Penal algún tipo penal con anterioridad a la LO 11/2003 con el que pudiera castigarse penalmente el ritual de la ablación?

La respuesta es rotundamente afirmativa: el castigo de la ablación ya era posible llevarlo a cabo por medio de las figuras existentes de lesiones, el art. 149 CP. Significa que en nuestro Código Penal no existían lagunas punitivas por las que quedare impune la mutilación genital a mujeres y niñas.

En efecto, si se tiene en cuenta la regulación en aquel entonces vigente del delito de lesiones²⁶⁵, cualquier ritual de ablación llevado a cabo en España, hubiera

265 Concretamente, el art. 149, establecía lo siguiente: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”. Y por su parte, el artículo 150, establecía lo siguiente: “El que causare a otro la pérdida o

resultado constitutivo de delito. La legislación penal ya ofrecía instrumentos para penar y castigar estas conductas²⁶⁶, de manera que a ese encaje de nuevas conductas típicas en los tipos ya existentes podríamos llamarlo “acomodación del Código Penal” a las conductas importadas por otras culturas, como ha ocurrido en el modelo francés, sin necesidad de llegar a una reforma penal.

Más en concreto, la solución -seguida por buena parte de la doctrina- pasaría por considerar la mutilación genital femenina integrada en las conductas del artículo 149²⁶⁷, indicado para las formas de lesión más graves, considerando en ese caso a los

inutilidad de un órgano o miembro principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

266 Vid. CÁMARA ARROYO, S.: SERRANO CÁMARA, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 30, 2014, p. 861.

267 En línea con esta opinión, sobre la inclusión de la MGF en la anterior redacción del art. 149, véase: ROPERO CARRASCO, J.: *El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina*, Revista La Ley, núm. 5383 de 26 de septiembre de 2001, pp 1396 y 1398; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, 2010, p. 170; LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español”, en DE LUCAS MARTÍN, J.: *Europa: derechos, culturas*, Valencia, 2006, p. 77; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, 2003, p. 73: de la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico..”, op. cit, p. 1483; GARCÍA ARÁN, M.: “Prevenir las mutilaciones sexuales”, *El Periódico*, mayo de 2011; KAPLÁN MARKUSAN, A., y BEDOYA MURIEL, M^a.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica”, en De Lucas (coord.), *Europa, derechos culturas* (Col. Derechos Humanos, núm. 10), Valencia 2006, op. cit, p. 45; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit, p. 108; GARCÍA-GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?”, *La Ley Penal*, núm. 78, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero 2011, p. 58; SERRANO CÁMARA, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 30, 2014., p. 865.

miembros genitales femeninos como órganos principales²⁶⁸ al igual que ocurría con los órganos genitales masculinos²⁶⁹. Por esta vía, la conducta típica estaría definida dentro del castigo previsto en el art. 149, para quien “causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”.

Pero incluso para el supuesto de no ser considerados como tales²⁷⁰ -labor

268 En el mismo sentido, sobre la inclusión del clítoris como miembro, véanse: ROPERO CARRASCO, J., op. cit, 2001, p. 1398, la autora apostilla la existencia de una solución punitiva para la MGF a través del art. 149, si bien, ante la duda de si los órganos genitales femeninos no sean órganos principales, o se entienda que las mutilaciones genitales no causan una grave deformidad, abre el debate de una posible reforma penal, un extremo muy lógico si tenemos en cuenta el año de publicación de este estudio. Además, vid: TAMARIT SUMALLA, J.M^a.: *La reforma de los delitos de lesiones, (análisis y valoración de la reforma del código Penal del 21 de junio de 1989)*, Barcelona, 1990, pp. 142-144; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos de lesiones*, op. cit, pp. 89 y 102; ARROYO DE LAS HERAS, A., y MUÑOZ CUESTA.: *Delito de lesiones*, Madrid, 1993, p. 108.

269 Destacable es la opinión de TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, en ponencia ofrecida en el Seminario “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y buenas prácticas en su prevención”, celebrado en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008, p. 10, sobre la consideración del clítoris como órgano principal, así “con anterioridad a la tipificación expresa del delito de mutilación sexual, la amputación de cualquiera de los órganos sexuales masculinos se estimaba como privación de miembro principal, mientras que la ausencia de jurisprudencia respecto de la ablación de clítoris nos impide conocer si tal órgano tenía o no la consideración de principal”. A favor de esta consideración se posicionó también la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Sin embargo, entre las posturas doctrinales que han atisbado cierto riesgo de producir inseguridad jurídica, se encuentra HERRERA MORENO, M., “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, nº 5, 2002, pp. 66-67.

270 Sobre la no consideración del clítoris como miembro, considero muy ilustrativa y orientativa la opinión de CARBONELL MATEU, J.C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, en VV.AA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2008, p. 138: “solo una concepción que permita considerar el clítoris como órgano no principal, entendería que la conducta no estaba ya incluida en el número primero”.

interpretativa que correspondería en todo caso a los jueces-, aún nos quedaría la salida del art. 150, aunque aceptando su tratamiento de lesiones menos graves.

Esta doble posibilidad incriminatoria caló en el debate doctrinal previo a la reforma del Código Penal a través de la LO 11/2003 y fue madurando, como queda reflejado en algunas posturas:

“¿Cuál es la forma jurídica más adecuada para combatir la mutilación genital femenina?” (...) “es preciso hacer notar que las mutilaciones genitales ya se encuentran castigadas en el Código penal vigente, pues pueden ser incluidas en los artículos que tipifican las lesiones. La única duda aparece a la hora de determinar si el tipo de lesiones graves aplicables es el del artículo 149 (lesiones más graves) o el del artículo 150 (lesiones menos graves)”²⁷¹.

Con mayor grado de intensidad, se afirma la idoneidad del Código Penal para la sanción de la mutilación genital femenina a través del delito de lesiones donde es posible identificar la conducta típica de la mutilación genital femenina, a sólo dos años antes de la reforma de 2003. Así:

“Lo segundo que sorprende es que se afirme la indefinición de la Ley sobre esta práctica. Realmente, ¿alguien puede creer que el Código Penal no sanciona una mutilación de este calibre? Desde luego, al definir y sancionar los delitos de lesiones, el Código Penal no menciona la palabra

271 ROPERO CARRASCO, J., “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual”, en *Curso de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, 2003, pp. 355-386. Esta preocupación por un mejor encaje incriminatorio, ya fue reflejado previamente en el estudio de la misma autora del año 2001, “La respuesta del derecho penal...”, op. cit, p.1398, expresado del siguiente modo: “es preciso decidir si sería conveniente una reforma legal que incluyera expresamente en este tipo de lesiones a la MGF, o si por el contrario resulta preferible prescindir de esa especificación, dejando en manos de los jueces la interpretación sobre si el tipo a aplicar es el más grave del art. 149 o el menos grave del art. 150”.

clítoris, de la misma forma que no se cita el pene, las piernas, los brazos o cualquier otro miembro del cuerpo cuya amputación directa sería, sin lugar a dudas, delictiva. El Código Penal evita razonablemente enumerar todos los miembros del cuerpo humano e impone prisión de seis a doce años “a quien causare a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal”, y prisión de seis a tres años, si se tratare de un “órgano o miembro no principal”, valore el lector si el clítoris debe ser considerado o no como un órgano principal pero su causar su pérdida o inutilidad es hoy, en España, delito”²⁷².

Estas opiniones doctrinales así como las demás reseñadas, nos hacen volver al tema nuclear que subyace a toda esta exposición, y que busca la concreción de la conducta típica del delito de mutilación genital femenina, y así, podemos concluir este epígrafe que con anterioridad a la LO 11/2003, el Código Penal contaba con el sustento sobre el que castigar la ablación; ya fuera a través del art. 149 o 150 CP, según fuera considerado el órgano del clítoris.

A continuación, analizaremos la evolución del nuevo delito de mutilación genital.

272 GARCÍA ARÁN, M., “Prevenir las mutilaciones sexuales”, en *El Periódico*, 9 de mayo de 2001. Del mismo modo, la reconducción de la MGF a los delitos de lesiones en término parecidos, se encuentra por ejemplo en las Conclusiones de KAPLAN MARKUSAN, A. HELENA BEDOYA, M^a..., FRANCH BATLLORI, M., MERINO TEJADA, M., en “Avances interdisciplinares en el conocimiento de los procesos de cambio en integración social: la situación de las mutilaciones genitales en España”, que presentó como ponencia en el III Congreso sobre la inmigración en España, que forma parte de: GARCÍA CASTAÑO, J.M., MURIEL LÓPEZ, C., *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Vol. II. Ponencias, Granada, Laboratorio de estudios Interculturales, 2002, p. 310, cuando dice: “Existe un marco del derecho español que de una parte obliga a la Administración a la protección a la infancia, mediante la información y la prevención, y por otra, una vía judicial para castigar cómo un delio de lesiones cualquier ataque contra la integridad física y psíquica de las mujeres”.

3. La evolución del delito de mutilación genital: toma de conciencia, primeras iniciativas legislativas y tramitación parlamentaria de la LO 11/2003.

3.1 Toma de conciencia.

En nuestro país, los primeros casos detectados de MGF se remontan a la Cataluña de 1993²⁷³. Su conocimiento tuvo lugar a través de los profesionales de la salud, extendiéndose a Baleares, y posteriormente a Aragón. Fueron los pediatras y ginecólogos de Cataluña quienes presentaron las primeras denuncias sobre mutilación genital femenina, aun cuando no existía conciencia social sobre este problema, de manera que el efecto inmediato era el archivo de las mismas. En todos los casos denunciados, se trataba de intervenciones rituales sobre el cuerpo de mujeres y niñas inmigrantes procedentes de distintas zonas de África Subsahariana, de forma indistinta²⁷⁴.

273 Véase: KAPLAN MARKUSAN, A., TORÁN MONSERRAT, P., BERMÚDEZ ANDERSON, K., CASTANY FÁBREGAR, M^a.J.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales”, en *Migraciones*, 2006, núm. 19, p. 202.

274 En 2002, un año antes de la aprobación de la LO 11/2003, se presenta al III Congreso sobre inmigración en España por la antropóloga KAPLAN y su equipo, los datos de los países de los que procedían los inmigrantes vinculados al ritual de la ablación. Puede considerarse como un primer paso para la elaboración de un “mapa de la mutilación femenina en España”, arrojando los siguientes datos: “La población extranjera procedente de África proviene en un 83% del Magreb y los procedentes de países subsaharianos representan el 17% restante, siendo Senegal (11.553) y Gambia (9.318) las nacionalidades más importantes, seguido de Nigeria (5.111), Malí (2.785) y Ghana (2.641). Cabe destacar que es en dichos países donde tradicionalmente existe la práctica de las MGF. La presencia de mujeres de estos colectivos subsaharianos representan el 27,97% sobre el total de la población subsahariana, mientras que para África del Norte la presencia de mujeres es mayor (31,18%)”, recogido en KAPLAN MARKUSAN, A. HELENA BEDOYA, M^a., FRANCH BATLLORI, M., MERINO TEJADA, M., en “Avances interdisciplinarios en el conocimiento de los procesos de cambio en integración social: la situación de las mutilaciones genitales en España”, presentado como ponencia en el III Congreso sobre la inmigración en España, y recogido en GARCÍA CASTAÑO, F.J y MURIEL LÓPEZ, C. (Eds): *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Granada, 2012, op. cit, p. 295.

Sin embargo, hasta primeros de 2001, la MGF y su problemática no alcanza una mayor relevancia pública²⁷⁵. Impulsado por el papel de ginecólogos y pediatras²⁷⁶, como ya se ha señalado, la publicidad por los medios de comunicación de estos hechos ha sido detonante para que el debate social y político se produjera, hasta llegar a la preocupación jurídico-legislativa y la aparición de los primeras propuestas de ley.

3.2. Primeras iniciativas legislativas.

Hay que remontarse al año 1997 para encontrarnos con la primera iniciativa legislativa que pretende ahondar en la lucha contra la mutilación genital femenina.

Concretamente, la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Socialista en tal año, insta al Gobierno, a iniciativa de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer, a promover políticas encaminadas a la erradicación, a nivel internacional de la práctica de la MGF²⁷⁷. En esta proposición se tenía presente la solución que aportaba

275 ROPERO CARRASCO, J.. “El derecho penal ante la...”, op. cit, p. 1395.

276 Fueron los pediatras y ginecólogos de Cataluña quienes presentaron las primeras denuncias sobre mutilación genital femenina, aun cuando no existía conciencia social sobre este problema, de manera que el efecto inmediato era el archivo de las mismas. Véase, por ejemplo, la noticia publicada en *El País* con fecha 30 de abril de 2001, con el titular: “Un pediatra de Girona evita la ablación a una niña senegalesa de cuatro años”. Así: “el Doctor Ruiz preguntó casualmente por la salud de una niña africana a una pariente de la pequeña, que había acudido a la consulta para vacunar a su hijo. Cuando ella le hizo saber que dentro de dos semanas la niña viajaría a Senegal, Ruiz pensó inmediatamente en la posibilidad de una ablación(...). Ruiz advierte que es fundamental seguir la evolución del caso, para evitar que la ablación pueda tener lugar en el futuro”.

277 Cfr. SERRANO TÁRREGA, M^a.D.; “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en REGUEIRO GARCÍA, M^a.T. y PÉREZ ÁLVAREZ, S.: (Directs): *Gestión de la Diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014, pp. 400-405. Véase también para la narración de las primeras iniciativas legislativas y la tramitación parlamentaria de la Ley 11/2003: ADAMS MUÑOZ, M^a.D.: “La mutilación genital femenina...”, op. cit, pp 74-76; TORREZ FERNÁNDEZ, E.: “El nuevo delito de mutilación...”, op. cit,

el Código Penal con los artículos 149 y 150, que estaban además en la palestra doctrinal de aquel momento; si bien, se introduce una inquietud un tanto novedosa para el tratamiento de la mutilación genital femenina: esto es, si es el derecho penal un instrumento adecuado para la lucha con la misma, y aportando la propuesta de acudir a otros menos estigmáticos para erradicar la práctica de la ablación: desarrollo de campañas de educación, mejora de la vida de las mujeres y avances en el ámbito socioeconómico y cultural²⁷⁸.

Y aunque esta Proposición no resultó aprobada en el Congreso, en el momento de su rechazo, la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer²⁷⁹, insta al Gobierno a permanecer en todos los foros internacionales relativos a la lucha contra la MGF en colaboración con las ONGs que ya desarrollaban campañas de información y asistencia sanitarias en el ámbito de campañas y programas dirigidos a la erradicación de la mutilación genital femenina²⁸⁰.

Posteriormente, hay que esperar al año 2001, para encontrarnos con nuevas Proposiciones no de Ley²⁸¹, presentadas por los siguientes grupos:

1. Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, por la que se insta al Gobierno a llevar a cabo todas aquellas acciones que contribuyan a la erradicación de la mutilación genital

pp. 950-953.

278 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Sección Cortes Generales. Serie A, núm. 121, de 17 de septiembre de 1997.

279 Sesión de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer de 10 de noviembre de 1998.

280 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Sección Cortes Generales, Serie A. Núm. 278, 22 de diciembre de 1998, p. 2.

281 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 179, 21 de mayo de 2001, pp. 5 a 8.

femenina²⁸². Esta proposición no de Ley, se marca una serie de objetivos, entre los que destacan la proposición de modificaciones legales que resulten necesarias para que Juzgados y Tribunales españoles sean competentes para enjuiciar a las personas responsables, por acción u omisión de la práctica de la mutilación genital femenina²⁸³.

2. Proposición no de Ley del Grupo Mixto, para la puesta en marcha de un plan de prevención destinado a evitar la mutilación de los genitales femeninos²⁸⁴. Esta Proposición no de Ley se encamina a una solución al margen del derecho penal, no tanto en una respuesta punitiva como en presentar soluciones desde la prevención y el

282 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 179, 21 de mayo de 2001, pp. 5 y 6. Número de Expediente 162/000290.

283 Los objetivos quedan recogidos como sigue: 1. Redoblar los esfuerzos para dar cumplimiento a lo acordado en la Proposición no de Ley aprobada por la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer el 10 de noviembre de 1998 para erradicar la mutilación genital femenina y a poner en práctica las recomendaciones que sobre esta materia ha elaborado el Comité para la Igualdad entre Hombres y Mujeres del Consejo de Europa aprobado por la Asamblea Parlamentaria el día 19 de abril de este mismo año, y en especial las referidas a información, educación y formación. 2. Desarrollar medidas específicas de prevención dirigidas a las familias inmigrantes, sobre todo a través de los centros de asistencia sanitaria, social y educativa. 3. Fomentar la ayuda exterior a aquellos países que han adoptado medidas legislativas y administrativas que prohíben y sancionan la práctica de la mutilación genital femenina, y promover programas educativos y sociosanitarios, en aquellos otros donde la mutilación es habitual, dirigidos a prevenir y trabajar contra esta práctica. 4. Conceder una protección adecuada a las mujeres y las niñas que se hayan visto obligadas a abandonar su país de origen para evitar ser víctimas de una mutilación genital. 5. Proponer las modificaciones legales que resulten necesarias para que Juzgados y Tribunales españoles sean competentes para enjuiciar a las personas responsables, por acción u omisión, de la práctica de la mutilación genital femenina, siempre que las mismas se encuentren en España, sea cual sea el lugar donde se haya llevado a cabo la mutilación. 6. A que, en uso de las facultades que el artículo 8.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, interese del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes, en defensa del interés público, para que se persigan y enjuicien a las personas responsables de mutilación genital femenina”.

284 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 179, 21 de mayo de 2001, p. 7. Número de Expediente 162/000291.

refuerzo en el conocimiento de la salud sexual y reproductiva de la mujer, así como de realizar un trabajo a fondo en educación y valores, que capten la gravedad de la MGF. Concretamente, se propone los siguientes objetivos cruciales como el desarrollo de un plan de prevención e información sobre MGF, y la adopción de toda una serie de medidas que contemplen la creación de redes que redunden en la idea de prevención.²⁸⁵

3. Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), por la que se insta al gobierno a que adopte medidas para eliminar la práctica de la mutilación genital femenina²⁸⁶.

Los objetivos que asume esta Proposición no de Ley, pueden resumirse en un enorme énfasis en el aspecto de la prevención a través de mecanismos como la cooperación en el desarrollo de campañas preventivas²⁸⁷.

285 Concretamente: 1. Desarrollar un plan de prevención e información destinado a evitar la mutilación genital femenina a través del conocimiento de sus consecuencias y peligros y a sensibilizar a las poblaciones afectadas. 2. Acometer las actuaciones necesarias, en colaboración con los grupos de mujeres que están luchando contra esta práctica, para establecer programas de educación, salud y sociales, mediante formación de profesionales de estos ámbitos. Las actuaciones irán orientadas específicamente a las mujeres como agentes y protagonistas de la ablación, y también se atenderá a la sensibilización de los hombres en los nuevos valores de la salud reproductiva y sexual de las mujeres. 3. Crear puntos de consulta para aquellas personas interesadas en la cuestión, especialmente para las mujeres procedentes de países en los que se lleva a cabo esta práctica. 4. Dotar de los medios materiales y financieros adecuados para abordar las campañas de capacitación, información, educación y prevención de todos aquellos profesionales que puedan atender a las personas que han sido o pueden ser objeto de una mutilación genital. 5. Establecer redes de intercambio de información y experiencias para profundizar en el conocimiento de estas prácticas y dar más fuerza a las iniciativas que se adopten.

286 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 179, 21 de mayo de 2001, pp. 8 y 9. Número de Expediente 162/000292.

287 Destacamos, por su importancia, los objetivos siguiendo el orden de enumeración de la Proposición: 1. Elabore el Gobierno un programa global de prevención, dotándolo del correspondiente presupuesto, encaminado a evitar la práctica de la mutilación genital femenina entre los colectivos que la tengan arraigada como una tradición cultural, que contemple desde la perspectiva de la integración social de la inmigración, como mínimo, las siguientes medidas: a) La realización de campañas de

4. Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, sobre medidas tendentes a la erradicación de la mutilación genital femenina²⁸⁸, que apuesta por un concurso de medidas²⁸⁹.

prevención, información y de que alguna niña o joven va a ser sometida a dichas prácticas, incorporando los canales de comunicación adecuados para que aquellas personas que lo deseen puedan denunciar dichas situaciones, todo ello con las correspondientes garantías del derecho a la intimidad. c) La puesta en marcha de todos los mecanismos necesarios para que las administraciones competentes puedan disponer de datos para detectar e identificar el alcance de este problema, los supuestos concretos en los que se consuma la práctica de la mutilación genital femenina dentro del territorio español, así como aquellos que se llevan a cabo por quienes, residiendo en el mismo, realizan viajes para realizar dicha práctica en el extranjero. d) La elaboración de un protocolo de conducta dirigido a aquellos colectivos o profesionales que tengan más contacto con la población inmigrada que tienen arraigada dicha práctica, para que puedan canalizar con más rapidez la información relativa a la consumación de dichas prácticas a la administración competente. Este programa deberá elaborarse sin perjuicio de las competencias que tengan asumidas las distintas Comunidades. 2. Dentro del marco de lo establecido en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España y su integración social, otorgue con la máxima celeridad posible, los correspondientes permisos de residencia temporal por razones humanitarias o circunstancias excepcionales, al objeto de dar una especial protección y acogida a las mujeres o niñas que aleguen el riesgo de la ablación. 3. Efectúe un profundo estudio y análisis de la legislación española, y si es necesario plantee la posibilidad de proponer su modificación para que esta práctica sea perseguible penalmente, tanto si residentes en el Estado español la realizan en el territorio del Estado, como fuera del mismo, e interese del Fiscal General del Estado que dé las oportunas instrucciones, en defensa del interés público, para que se persigan y enjuicien a las personas responsables de la mutilación genital femenina. 4. En uso de su potestad reglamentaria de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, efectúe el correspondiente desarrollo”.

288 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 188, de 1 de junio de 2001, pp., 14 y 15.

289 Entre las medidas indicadas, destacan: a) Estudie si es posible modificar algún aspecto del tratamiento legal de estas conductas para su más eficaz persecución. b) Interese al Fiscal general del Estado que, en defensa del interés público, dicte las instrucciones necesarias para que se preste la mayor atención a la persecución de estas conductas. c) Valore la posibilidad de exigir a los solicitantes de permisos de residencia la declaración formal de que no ejecutarán ni favorecerán estas prácticas dentro

5. Proposición no de Ley del Grupo Federal de Izquierda Unida sobre adopción de medidas para combatir la práctica de la ablación o mutilación genital femenina²⁹⁰. Esta proposición, se plantea el reto de la persecución de la MGF, mediante, entre otras, la introducción de sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales²⁹¹.

Todas estas Proposiciones no de Ley, que como se puede observar, coinciden en lo elemental y en el enfoque preventivo de la MGF, además de asumir que el Derecho penal no puede ser la única herramienta para su erradicación, fueron finalmente

o fuera del territorio español.

d) En colaboración con las Comunidades Autónomas, desarrolle programas sanitarios, sociales y educativos destinados a prevenir la mutilación genital femenina entre la población de riesgo. e) En colaboración con las Comunidades Autónomas, dote a los distintos colectivos profesionales de la formación y los protocolos de actuación necesarios, a fin de poder prevenir y tratar la referida práctica. f) Incida en la elaboración de programas específicos de educación para la salud de la mujer inmigrante. g) Siga colaborando con las diversas Organizaciones Internacionales y, en su caso, se fomente la cooperación con aquellos países beneficiarios de las ayudas, que han adoptado medidas legislativas y de gobierno tendentes a la erradicación de la mutilación genital femenina.

290 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 188, de 1 de junio de 2001, p. 8.

291 Concretamente, las siguientes: 1. Promover una regulación legal más efectiva y aplicar las leyes actuales de forma que proteja a las niñas y mujeres contra toda forma de violencia, incluyendo la mutilación genital. 2. Introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia. 3. Organizar y financiar campañas de información y programas de educación y formación a fin de sensibilizar a las niñas y niños, a mujeres y hombres, acerca de los efectos negativos personales y sociales de la violencia en la familia, en la comunidad y en la sociedad, enseñarles a comunicarse sin violencia y asesorar a las víctimas potenciales, de modo que puedan proteger a otras personas de dichas agresiones. Subsanan el vacío jurídico existente en nuestra legislación sobre asilo y refugio para incorporar la variante de sexo-género, determinante en la mayoría de solicitudes de refugio de mujeres, y aceptar sin ambigüedades que el temor a la mutilación genital constituye un motivo fundado para la concesión del asilo.”

reunidas por sus respectivos grupos políticos en una enmienda transaccional²⁹². De suma importancia esta enmienda transaccional, en cuanto denota el esfuerzo colectivo de los Grupos parlamentarios por encima de ideologías políticas para la lucha contra la MGF²⁹³ que fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados con fecha 19 de junio de 2001²⁹⁴.

292 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 205, de 26 de junio de 2001, p. 11.

293 Véase: “Acuerdo unánime en el Congreso para frenar la práctica de la ablación”, *Diario El País*, de 20 de junio de 2001, versión digital, donde puede leerse: “todos los grupos políticos pactaron ayer agrupar las seis iniciativas parlamentarias contra la mutilación genital femenina en una”

294 Como puntos fundamentales de la enmienda transaccional, pueden destacarse, (el subrayado es nuestro): “a) En el seno de la Comisión Técnica que está revisando el sistema de penas del Código Penal, efectúe un análisis de la legislación española y estudie las posibles modificaciones legislativas a fin de que éstas prácticas resulten sancionadas adecuadamente, sea cual sea el lugar donde se hayan llevado a cabo y siempre que las personas responsables se encuentren en España. b) Interese del Fiscal General del Estado que dicte las instrucciones oportunas con el fin de que se persigan y enjuicien a las personas responsables de mutilación genital femenina. c) En uso de su potestad de ejecución de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se informe obligatoriamente a quien solicite permiso de residencia, además de sobre sus derechos y deberes, de que la práctica de la mutilación genital femenina es un delito perseguido penalmente en nuestro país. d) En colaboración con las Comunidades Autónomas y con las organizaciones no gubernamentales, desarrolle programas sanitarios, sociales y educativos destinados a prevenir la mutilación genital femenina entre la población de riesgo. e) En colaboración con las Comunidades Autónomas dote a los distintos colectivos profesionales de la formación y los protocolos de actuación necesarios a fin de poder prevenir y tratar la referida práctica. f) En colaboración con las Comunidades Autónomas, estudie la incidencia de este problema, aun en los casos en que esta práctica sea realizada fuera de nuestras fronteras por residentes en España y, en particular, articule procedimientos para posibilitar la detección de situaciones de riesgo, incorporando los canales de comunicación adecuados que posibiliten las correspondientes denuncias, todo ello con garantía del derecho a la intimidad. g) Siga colaborando con las diversas organizaciones internacionales en la promoción y evaluación de las resoluciones y programas destinados a prevenir y tratar esta práctica, y, en su caso, se fomente la cooperación con aquellos países beneficiarios de las ayudas que han adoptado medidas legislativas y de gobierno tendentes a la erradicación de la mutilación genital femenina. h) Desarrolle la Proposición no de Ley aprobada en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer relativa «a utilizando los instrumentos previstos en los ordenamientos

El texto transaccional²⁹⁵, como fruto del consenso de todos los partidos políticos, se sostiene en la afirmación de que es incuestionable que la MGF se puede incluir en el artículo 149 del CP en el ámbito de las lesiones graves, si bien, se apela a que la comisión técnica considere una formulación más explícita de la misma para garantizar su correcta conceptualización penal y para impedir que estas lesiones puedan ser valoradas como menos graves. Al mismo tiempo, se insta a la comisión técnica con competencia en la revisión del sistema penológico para que efectúe un análisis de la pena en el caso de la MGF, abriendo la brecha del debate de la persecución de la misma en cualquiera haya sido el lugar donde se ha efectuado la ablación²⁹⁶. Reforzando en todo caso, lo que era una nota en común en cada una de las Proposiciones no de Ley que lo conforman, la necesidad de impulsar programas de ayuda a mujeres dirigidos a concienciar a la población, medidas preventivas e información a la población.

Un poco más tarde, con fecha 1 de junio de 2001, se presenta en el Senado una Proposición de Ley para la reforma del artículo 23.4 de la LO 6/1995, de 1 de julio, del Poder Judicial y del artículo 149 de la LO 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la intención de garantizar la persecución de la MGF en España. Las dos grandes modificaciones introducidas por esta Proposición de Ley²⁹⁷, giran en tornos a: 1) la inclusión expresa de la mención a la mutilación genital femenina en el artículo 149 del Código Penal, al objeto de aumentar la seguridad jurídica y unificar la

jurídicos, mantenga y refuerce la protección a las mujeres que hayan sido obligadas a abandonar su país de origen debido a cualquier forma de violencia de género”.

295 Véase: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Cortes Generales, 19 de junio de 2001, núm. 92.

296 Se abre en ese momento el debate sobre la extensión del principio de justicia universal a los supuestos de MGF, y que veremos en el apartado correspondiente al mismo.

297 Esta Proposición de Ley es presentada por el Partido Socialista ante el Senado. Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie III A, de 1 de junio de 2001, núm. 14 (a). Vid infra CAPITULO XIII Perseguibilidad y Derecho de asilo.

interpretación de los Tribunales en el sentido de calificar en todo caso como grave la deformidad o mutilación de un órgano principal, las mutilaciones genitales femeninas: y 2) para incluir la mutilación genital femenina en el principio de justicia universal a través de la modificación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siempre que las personas responsables se encuentren en nuestro país. En este sentido, es de destacar que esta Proposición de Ley incluía la propuesta de Jueces, Magistrados y Fiscales, sobre la necesaria reforma de la legislación española para poder perseguir la MGF fuera de nuestras fronteras²⁹⁸.

Será en Sesión del Pleno del Senado de 21 de junio de 2001 cuando se discuta sobre esta Proposición de Ley²⁹⁹, quedando aprobado únicamente el punto relativo a la propuesta de reforma del artículo 149 del CP, rechazando el relativo a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y consiguientemente quedando la Propuesta de Ley renombrada bajo la rúbrica: “Reforma del artículo 149 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal q fin de introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina³⁰⁰”.

298 Sobre esta Proposición de Ley, véase: SERRANO TÁRREGA, M^a, D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en: REGUEIRO GARCÍA, M^a. T., y PÉREZ ALVAREZ, S. (Direct): *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014, p. 405; ROPERO CARRASCO, J.: “El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 1396.

299 Véase: Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, VII Legislatura, núm. 52, de 21 de junio de 2001.

300 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B: Proposiciones de Ley de 23 de julio de 2001, núm. 161, p.p. 1 y 2. La Proposición de Ley, partía en su Preámbulo de dos premisas: a) que el fenómeno de la mutilación genital femenina constituye un crimen que afecta a más de ciento treinta y cuatro millones de mujeres, se practica de forma legal y abierta en veinticinco países y en otros cuarenta se tolera de forma encubierta. b) la brutalidad de los métodos empleados para la práctica de la mutilación, cuyas secuelas son permanentes. c) los aumentos de las intensas corrientes migratorias están acrecentando la proximidad de estas prácticas y la sensibilidad ciudadana frente a ellas. d) se han presentado o están en curso diversas iniciativas parlamentarias. e) en la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán, CIU, se solicita un profundo estudio y análisis de la legislación española, y si es necesario, que se efectúen modificaciones para que esta

Finalmente, esta Ley no llegó a aprobarse, pese a los intentos fallidos de Propuestas no de Ley, y el carácter más contundente de esta Propuesta de Ley. Seguía la mutilación genital femenina y su conducta típica aún en un estado de imprecisión, en una suerte interpretativa para los aplicadores del Derecho y para el legislador.

3.3. La LO 11/2003: tramitación y aprobación.

3.3.1. Tramitación parlamentaria³⁰¹.

El triste éxito de los Grupos Parlamentarios tras la presentación de las Propositiones no de Ley antes vistas, así como de la Propuesta de Ley presentada por el Grupo Socialista, fue finalmente reconducido primero con un informe de la Fiscalía General del Estado sobre lo que se presentó como *Anteproyecto de la LO 11/2003 de reforma del Código Penal*³⁰², que calificaba como adecuado la inclusión específica de

práctica sea perseguida penalmente con independencia del lugar donde se realice. f) la proposición legislativa afecta al Código Penal, artículo 149. Cfr: ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles...* op. cit, p. 75, por su cercanía temporal con el momento en que se presenta esta Proposición de Ley, concretamente la autora dice: “la cual tiene su origen en el Senado y actualmente se encuentra en trámite de ponencia en el Congreso de los Diputados”.

301 Véase: TORRES FERNÁNDEZ, E.: “El nuevo delito de mutilación...”, op. cit, p.p. 950 y 951; SERRANO TÁRREGA, M^a.D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal...”, p.p. 404 y 405; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles...*, op. cit, p.p. 75 y 76.

302 Para un conocimiento más extenso de las implicaciones del Anteproyecto de 2003, véase: ROCA AGAPITO, L.: “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, *La Ley*, núm. 5731, de 4 de marzo de 2003, p. 2. Véase también en relación a la revisión de las penas que suponía el Anteproyecto: *Diario El País* de 20 de junio de 2002, las declaraciones del entonces Ministro de Justicia iban dirigidas a manifestar que en su departamento se estaba trabajando en la revisión de penas previstas para que quienes cometan el delito de mutilación genital femenina sean castigados de forma desproporcionada por esta práctica que atenta de manera grave contra la dignidad de la mujer; si bien, apunta, esta revisión se estaba realizando en el marco de una revisión del sistema global de penas, ya que no era conveniente a su juicio, hace

la mutilación genital femenina como figura delictiva autónoma dentro del Código Penal; y después, por el Consejo General del Poder Judicial, que entiende que la práctica delictiva de la mutilación genital femenina debe combatirse con firmeza pues atenta contra la dignidad humana.

La andadura parlamentaria del Proyecto de la LO 11/2003³⁰³, nos aporta claves para comprender la definitiva tipificación de la mutilación genital femenina como delito autónomo, lo que redundará de manera inevitable en la configuración de la conducta típica, objeto de este capítulo. Por ello, para ir de forma directa al fondo del asunto, conviene recurrir a la propuesta de reforma del artículo 149 del CP que realiza, muy distinta a la que finalmente se aprueba con el texto definitivo de la LO 11/2003 y que corresponde al Código Penal que hoy conocemos como vigente. Así, el Proyecto, se plantea introducir la siguiente conducta típica en relación al delito de mutilación genital femenina:

“El que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere 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 diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz³⁰⁴.”

La propuesta del Proyecto de Ley realiza, a mi juicio, de forma muy acertada,

modificaciones aisladas. Y se posicionó en la postura de buena parte de la doctrina: la ablación ya tiene respaldo en el Código Penal como delito grave.

303 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de marzo de 2003, núm. 136-1.

304 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de marzo de 2003, núm. 136-1, p. 5, punto Sexto: “modificación del artículo 149 del Código Penal”.

una delimitación de la conducta típica al incardinar la figura delictiva únicamente a los comportamientos que están basados en intervenciones rituales sobre el cuerpo de la mujer como consecuencia de prácticas culturales ancestrales. Utilizar el término “ablación del clítoris” o “cualquier otra mutilación genital” obedece a las razones que han dado pie a la motivación de reforma del artículo 149; y es que esta reforma se justifica en la necesidad de erradicar la práctica de la mutilación genital femenina³⁰⁵.

En este sentido, fueron varias las enmiendas que, dirigidas a la definición más exacta de la conducta típica, introdujeron matices más precisos en cuanto a la conducta de mutilar. Como puede verse:

“El que causare la extirpación total o parcial y/o cualquiera otra parte de los órganos genitales externos femeninos, será castigado con pena de prisión de 6 a 12 años”³⁰⁶.

305 Supra, véase motivación de las Proposiciones no de Ley estudiadas anteriormente.

306 Véase: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A: Proposiciones de Ley, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8. Se trata de la Enmienda Núm. 22, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, sustituyendo la expresión “mutilaciones genitales” por las de “extirpación total o parcial o cualquier de otra parte de los genitales femeninos”. La enmienda se justifica en que “mutilaciones genitales femeninas es el nombre que se da en nuestro país a unas prácticas o ritos desarrollados en tres fases diferentes marcadas en el tiempo, la segunda de las cuales consiste en la extirpación total o parcial del clítoris y/o los órganos genitales externos. Mutilaciones genitales femeninas es por tanto un concepto amplio mientras que la perseguibilidad de la Ley Penal sólo puede extenderse a la extirpación total o parcial del clítoris y/o cualquier otra parte de los genitales femeninos externos, único acto que constituye una lesión y causa la inutilidad de un órgano o miembro principal de las mujeres, conforme al artículo 149 del Código Penal”. En el mismo sentido, véase la Enmienda núm. 74 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida en la p. 50, así como la Enmienda del mismo grupo Parlamentario en la p. 53, ambos del mismo Boletín Oficial. Por su parte, el Grupo Parlamentario Mixto, introdujo las Enmiendas núm. 45, 46 y 55. Se encuentran en el mismo Boletín de las Cortes Generales que las anteriores enmiendas y redundan en los mismos extremos: la sustitución del término “mutilación genital femenina” por “extirpación total o parcial del clítoris o de cualquiera otra parte de los genitales femeninos externos”, y la consideración de prácticas contrarias al ordenamiento jurídico español y a los Derechos humanos, expresado en los siguientes términos: “La aparición de las mutilaciones genitales femeninas, prácticas con elementos contrarios al ordenamiento

3.3.2 Aprobación.

Se observa que las enmiendas presentadas bajo la fórmula antes expuesta, aspiraban a una concreción de la conducta típica bajo la sustitución de la fórmula “mutilación genital” por “extirpación total o parcial del clítoris y/o cualquier otra parte de los genitales externos femeninos”, al considerar que la especificidad de la extirpación del clítoris es absolutamente incardinable en el ámbito de las lesiones al constituir la inutilidad de un órgano principal descrita en el párrafo primero del artículo 149, frente al carácter genérico del término “mutilación genital”.

Sin embargo, la solución adoptada por la LO 11/2003, finalmente adoptó la fórmula genérica de “mutilación genital”, en los términos de la actual regulación del Código Penal, debido al contenido de una de las enmiendas presentadas. Entre los motivos del cambio se alegaba:

“Mostramos nuestra satisfacción, como he dicho, porque nuestra enmienda número 141 fue admitida en ponencia ya que trasladaba una preocupación de mi grupo parlamentario en el sentido de que creíamos más adecuada una redacción neutra, no referida únicamente a la mutilación genital femenina sino a la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, tal como se exponía en la redacción del anteproyecto. Aunque las prácticas detectadas que motivan esta precisión normativa se

jurídico español y a los derechos humanos que están presentes en algunos grupos de población inmigrante residente en el Estado español. Así, como novedad igualmente reseñable se tipifica dentro del Código Penal de forma específica el delito la extirpación total o parcial del clítoris o de cualquier otra parte de los genitales externos femeninos”. Véanse también las Enmiendas presentadas en el Senado por el Grupo Parlamentario Mixto en: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie II: Proyectos de Ley, 10 de septiembre de 2003. Núm. 138-c. Concretamente las Enmiendas núm. 6, 39 y 84 del mencionado Grupo Parlamentario, recogidas en las pp. 19, 28 y 43 respectivamente, que vienen a aportar los mismos extremos que las enmiendas presentadas en el Congreso.

refieren a la mutilación genital femenina, creíamos que la normativa debía contemplar una situación neutra como la que se proponía en nuestra enmienda y como la que se preveía en el anteproyecto. El hecho de precisar la tipificación de la mutilación de órganos genitales femeninos únicamente podría llevar al efecto no querido de que una mutilación genital masculina no quedara penada ni por el párrafo primero del artículo, ya que los órganos genitales se trataban en el segundo apartado, ni en el segundo apartado porque sólo se aludía a los femeninos³⁰⁷.

Así las cosas, la conducta típica que procedemos a estudiar a continuación viene determinada por el artículo 149.2 del Código Penal como pasamos a examinar.

Análisis tipo objetivo

1. La delimitación de la conducta típica.

1.1. Consideraciones previas.

La LO 11/2003, vino a incorporar por primera vez el delito de mutilación genital en nuestro Derecho. Su introducción concreta por sí misma un ámbito típico propio, como ya anticipé anteriormente, que no está exento de imprecisiones y de contornos por aclarar como veremos en las páginas que siguen.

No obstante, un ligero repaso de la evolución del delito de mutilación genital femenina a través de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica 11/2003 y de la puesta en valor del contexto social en que se produjo, se ha conformado ante mí como un paso previo necesario a fin de entender y de encontrar cuáles son las razones que han orientado y estimulado la tipificación del delito de

307 Se trata de la Enmienda Número 141 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), que se incorpora a la Ponencia del día 11 de junio de 2003. Véase de manera más extensa: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. VII Legislatura. Año 2003, núm. 776, Comisión de Justicia e Interior, que tuvo lugar el martes 17 de junio de 2003.

mutilación genital como un nuevo delito.

El recorrido que hemos realizado hasta llegar a la delimitación de la conducta definida en el actual Código Penal nos muestra, como mínimo, que la formulación del nuevo tipo no ha estado exenta de polémica y de contrariedades incluso de su introducción; y por otro lado, conduce invariablemente a cuestionarme si la fórmula utilizada ha sido la más adecuada, extremo que veremos más adelante.

De manera literal el Código Penal, en el art. 149.2, recoge la siguiente conducta típica:

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

Ante esta afirmación punitiva, y siguiendo el contenido de la literalidad expuesta, son dos las cuestiones que deben resolverse:

- 1) ¿Qué es la acción de la mutilación genital y por lo tanto su comportamiento (activo)?, y**
- 2) ¿cuáles son sus “manifestaciones”? La conducta típica quedará definida una vez se hayan resuelto estas preguntas.**

1.2. Comportamiento activo. La acción de mutilar genitalmente.

El Código Penal en el art. 149.2 utiliza el verbo típico “causar” ligado al acto de “mutilar genitalmente”. Así, la expresión empleada “el que causare a otro una

mutilación genital” viene a identificar el comportamiento (activo) en el delito que nos ocupa con la acción de mutilar.

Por lo pronto, en el cometido de abordar el comportamiento activo de la conducta típica, observo que la fórmula utilizada por el Código Penal me ubica *a priori* en una tesitura ambivalente; en cuanto se ha de realizar un ejercicio previo e interpretativo de discriminación de la mutilación genital masculina, por un lado; y de la desvinculación de otras “mutilaciones” distintas al ritual de la ablación; si aspiro a entender -como es mi intención- que el legislador con la reforma penal a través de la LO 11/2003, lo que ha querido sancionar es la conducta que trae causa del ritual de la ablación o intervención del cuerpo de la mujer por razones culturales y no otros supuestos.

Entonces, previo al ejercicio de definición de la acción de mutilar, se debe acotar el estrecho margen conceptual que abarca la mutilación genital femenina, desligándola y poniéndola en relación con la masculina y de cualquier otro tipo de intervención sobre el cuerpo (objeto material). Para ello, es conveniente definir la mutilación genital femenina, delimitar sus modalidades y posteriormente hacer la discriminación a la que me he referido anteriormente.

1.2.1. La mutilación genital femenina: concepto.

En el acercamiento a la delimitación de la acción de mutilar a una mujer o una niña se impone, de manera infranqueable, la necesidad de adoptar un nombre para llamar al ritual de la ablación o intervención ritual sobre el cuerpo de la mujer. La terminología de este procedimiento ha ido cambiando, evolucionando, hasta llegar al concepto que es empleado hoy por nuestro Código Penal.

En un primer momento, cuando comenzó a hablarse de esta práctica más allá de las sociedades que tradicionalmente la llevan a cabo, se hablaba de “circuncisión

femenina”, dando pie a establecer un paralelismo con la circuncisión masculina; creando una confusión entre estas prácticas tan distintas³⁰⁸.

Desde distintos ámbitos académicos y activistas que se opusieron al término “mutilación”, la expresión con más frecuencia utilizada ha sido el de “Female Genital Cutting”, que puede traducirse como “cortes genitales femeninos”. Esta denominación fue considerada más acertada en 1996, introducida por el *United Nations Population Fund* (UNPFA) al entender que es una forma más respetuosa de referirse, no a la intervención, sino a la población que la ejecuta, evitándose la estigmatización o los juicios morales sobre la práctica³⁰⁹. Esta expresión ha sido utilizada en los documentos oficiales de la United States Agency for International Development (USAID)³¹⁰. Sin embargo, se puede decir que este término no ha tenido éxito, no ha sido difundido entre los países de habla inglesa.

Desde los foros internacionales, se propone la expresión *Mutilación Genital Femenina*, que llega a producir un cambio mucho más allá de su orientación terminológica. Por primera vez se adopta este término en 1990 en la Tercera Conferencia del Comité Interafricano sobre prácticas tradicionales que afectan a la Salud y al Niño, celebrado en Addis Abeba. Pero lo más determinante fue la recomendación de la OMS en el año 1991, para que Naciones Unidas adoptara esta terminología y desde entonces ha sido ampliamente utilizada en todos los documentos de la Organización.

308 Véase: LEWNES, A. (Ed.): *Cambiar una convención social: la ablación o mutilación genital femenina*, UNICEF, edición de BERNARD & CO, Siena, 2005, p. 9.

309 Cfr. KAPLAN, A., TORÁN, P., BERMÚDEZ, K., Y CASTANY, M^a.J.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, op. cit. p. 191.

310 Véase, anexo a: “Female Genital Mutilation/Cutting: United States Government's Response”. <https://www.usaid.gov/news-information/fact-sheets/female-genital-mutilation-cutting-usg-response>. Última consulta en fecha 11 de noviembre de 2015.

Con la expresión “mutilación” se subraya la gravedad del acto y se enfatiza en que con él se está amputando una parte funcional y sana del organismo femenino, y a su vez, viola los derechos humanos de las niñas y mujeres al atacar contra sus derechos más fundamentales, de ahí que la expresión se haya empleado también paralelamente por mayoría de los especialistas en temas de conflictos culturales y derechos humanos³¹¹.

No obstante, ante el riesgo de “endemoniar” a determinadas culturas, religiones y comunidades, el Relator Especial de la ONU sobre Prácticas Tradicionales, en 1999, lanzó un mensaje de tacto y cuidado en relación a las actividades en esta área en particular. La consecuencia es que el término ablación se ha venido usando con mayor frecuencia para evitar la alineación de determinadas comunidades³¹².

Sin embargo, se ha de reconocer que la palabra “mutilación” puede resultar agresiva incluso poco respetuosa con las culturas, de manera que se han introducido otras formas de llamar al ritual de la ablación. Concretamente, por el respeto a culturas afectadas por estas prácticas, se utiliza también el término “Prácticas tradicionales perjudiciales que afectan la salud de las mujeres y de las niñas”, como concepto que define una acción³¹³.

Desde el relativismo cultural, el término *mutilación* se ha considerado un prejuicio etnocéntrico, que impide tratarlo como una práctica ancestral cuya

311 Véase sobre la positivación de los Derechos Humanos Básicos en un marco específico, la obra de BENHABIB, S., “Otro universalismo, sobre unidad y diversidad de los derechos humanos”, *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 39, 175 – 203. 2008.

312 LEWNES, A. (Ed.): *Cambiar una convención social: la ablación o mutilación genital femenina*, UNICEF, edición de BERNARD & CO, Siena, 2005, p. 10.

313 Cfr. KAPLAN, A., TORÁN, P., BERMÚDEZ, K., Y CASTANY, M^a.J.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, op. cit. p. 192. También: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 29-33

realización no tiene por objeto “mutilar” a las hijas sino integrarlas en la comunidad y que además redunde en la dignidad de las niñas y en la de su familia en cuanto determina sus posibilidades de contraer matrimonio³¹⁴.

Utilizar el término “mutilación” obedece a un prisma occidental, según esta tesis relativista, que muestra la insensibilidad ante una cultura desconocida y acarrea un ejercicio de subestimar al otro, de no tener en cuenta el efecto negativo que produce cambiar el nombre de las prácticas culturales en aquellas culturas que conceden una importancia tan profunda a los nombres que se celebran ceremonias para establecerlos³¹⁵.

Al poner un nombre desde el prisma occidental, nos olvidamos de las cuestiones de identidad, cultura y normas sociales que están aparejadas en estas prácticas. Es entonces cuando cabe preguntarnos, ¿cómo es percibida la MGF por las comunidades que la practican? La respuesta está en comprender que las comunidades

314 Cfr. ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, op. cit, p. 31 y ss. Para la autora, el término mutilación conlleva un juicio moral y estigmatiza a sus practicantes, al no tener en cuenta las racionalizaciones que cada comunidad aplica a la acción de extirpación, que implican significados más complejos que la mera acción de mutilar con la intención de perjudicar a sus hijas.

315 Cfr. LA BARBERA, M.C.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos. Entre el bisturí de plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, 2010, vol . LXV, núm. 2, pp. 470 y ss. Para la autora, “por mutilación se entiende lisiar o cortar una extremidad u órgano”, por lo que uso implica un inequívoco juicio de valor. Enfatiza que desde la perspectiva occidental, estas prácticas son solo causa de enfermedades, irreparable desfiguración del cuerpo y privación permanente de la integridad física. Véase también, citados por la autora: THIAN, A.: *Speak Out, Black Sisters: Feminism and Oppression in Black Africa*, Londres, 1986, p. 80, donde realiza una denuncia de la falta de conciencia occidental en cuanto el juicio emitido se basa en criterios que no guardan relación alguna con la mentalidad de los pueblos sometidos a su consideración y que vienen a atacar a los africanos de manera similar a como lo hizo el colonialismo. Para una crítica sobre el papel de la antropología a la hora de criticar e interpretar los símbolos rituales de una sociedad más profunda que los propios actores, véase: TURNER, V.: *The forest of Symbols: Aspects of Ndembu Rituals*, Ithaca, 1980, p. 29.

que las practican no la perciben como una mutilación, sino más bien como modificaciones de los órganos genitales realizadas; y son llamadas con el nombre de “circuncisión femenina”; para hacer hincapié en la dimensión inherentemente iniciática de estas prácticas³¹⁶.

Como expresiones alternativas producto de esta tesis relativista, se han utilizado algunas como “operación genital femenina”³¹⁷, “cirugía genital femenina”³¹⁸, “modificaciones de los genitales femeninos”³¹⁹, “modificación corporal”³²⁰, o “intervenciones rituales sobre los genitales femeninos”. Esta última expresión, considero que es suficientemente adecuada, y que debería ser tenida en cuenta tanto en el plano jurídico como político y antropológico³²¹.

316 Cfr. LA BARBERA, M.C.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos...”, op. cit, p. 471. Además: CIMINELLI, M^a.L.: “Le ragioni culturali delle mutilazioni genitali femminili: note critiche sulla definizione di Mgf dell'Oms/Who”, *La Ricerca Folklorica* 46, p. 39 y 50.

317 Término acuñado por WALLEY, C.: “Searching for voices: Feminism, Anthropology, and the Global Debate over Female Genital Operations”, *Cultural Anthropology*, 1997, núm. 12 (3), pp. 405-408.

318 Para conocer el empleo de esta expresión, véase: OBEMEYER, C.: “Female Genital Surgery: The Known, the Unknown, the Unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly*, 1999, núm. 13 (1), pp. 79-106.

319 Vid: FUSACHI, M.: *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitales femminili*, Turín, 2003. De la misma autora, FUSACHI, M.: “Humanitarian Bodies: Gender, Moral Economy and Genitals Modifications in Italian Immigration Policy”, en *Cathier d'etudes africaines*, 2015. Y recientemente, FUSACHI, M.: “Algunas formas de MGF del Tipo IV cuyo aspecto dañino es cuestionable”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 167-168.

320 Sobre la alternativa mostrada al término mutilación con la expresión “modificación corporal”, véase: EL FATI, M.: “Mujeres egipcias en perspectiva, ¿Derechos o prácticas?”, *Quaderns de la Mediterrania*, 2007, núm. 7, pp. 143-148.

321 Esta expresión ha sido introducida por La Barbera, M.C, y la comparto en la medida en que ponen en valor el término “intervención” que aunque no nos vale para el aspecto jurídico, desde el punto de vista antropológico, es utilizable también para las intervenciones quirúrgicas y estéticas, permitiendo establecer un paralelismo entre todas ellas. Además, la forma plural sugiere la variedad incluida bajo esa denominación. Por último, el adjetivo “ritual” alude a la función socio-simbólica que estas prácticas desempeñan. Véase: LA BARBERA, M.C.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos”, op. cit, p. 474.

Sin embargo, la teoría relativista no ha sido tomada en cuenta a nivel internacional, en el que ha calado de forma radical la lucha feminista por los derechos de las mujeres, convirtiéndose así, el término “mutilación” en la expresión oficial para referirse al ritual de la ablación en el mundo, abanderada por la OMS³²².

Aunque se han empleado varios conceptos para determinar con precisión en qué consiste la *Mutilación Genital Femenina*, la OMS entiende que la MGF 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 médicos³²³.

Esta definición, que ha sido seguida por buena parte de los autores aunque con ligeras modificaciones³²⁴, nace de la Declaración conjunta de la OMS, UNICEF y FNUAP de abril de 1997, en la que se acuerda llamar MGF a las denominaciones de los diferentes tipos de mutilaciones genitales así como su clasificación. Se acuerda definirla teniendo en cuenta la siguiente orientación:

322 La OMS y la Conferencia Internacional de el Cairo de 1994, se han decantado por esta orientación de la “mutilación” genital femenina, sin usar otro término, sin aceptar las posturas relativistas, al entender que estas prácticas no pueden encontrar justificación en el relativismo cultural; todo lo contrario, se ha luchado en todo momento por su erradicación.

323 Cfr. OMS: Informe de la Secretaría. Mutilación Genital femenina. 61ª Asamblea Mundial de la Salud, 20 de marzo de 2008. Documento A61/11, párrafo. 1,

324 Véase cómo la mayoría de los autores que han efectuado estudios desde el ámbito jurídico siguen la definición de MGF introducida por la OMS, así: ROPERO CARRASCO, J.: “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 1393; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: “La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”, op. cit, p. 23; de la misma autora: “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 1480; CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y la jurisprudencia penal española sobre ablación”, op. Cit, p. 830 y 831; MARCOS DEL CANO, A.M^a.: “Los derechos de la mujer y la cultura: ¿un conflicto?”, en MARCOS DEL CANO, A.M^a, (Coord): *Inmigración, multiculturalismo y Derechos Humanos*, Valencia 2004, p. 241. De manera similar también: TORRES FERNÁNDEZ, M^a. E.: “El nuevo delito de mutilación genital”; op. cit, p. 945.

“Las mutilaciones sexuales femeninas designan todas las intervenciones que conllevan una ablación total o parcial de los órganos genitales externos femeninos que sean practicados por razones culturales u otras y no con fines terapéuticos”.

Otros autores, en cambio, han optado por seguir la definición propuesta por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), como:

“Una variedad de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos o su alteración por razones que son de índole médica”³²⁵.

Por su parte la Organización Internacional Amnistía Internacional, simplifica el concepto de MGF a:

“Extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos”³²⁶.

325 Se trata de una definición recogida en SHELL-DUNCAN, B. y HERNLUND, Y.: “Female “circumcisión” in Africa: Dimension Of Practice and Debate”, en SHELL-DUNCAN, B. y HERNLUND, Y. (Eds.): *Female “circumcisión” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Londres, 2000, pp. 3 y ss. Véase también, como la definición viene recogida por los siguientes autores: LEWNES, A. (Ed.): *Cambiar una convención social: la ablación o mutilación genital femenina*, UNICEF, edición de BERNARD & CO, Siena, 2005, p. 9, epígrafe “Qué es la A/MGF”; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico: ¿violencia familiar, delito de lesiones o violencia de género?”, op. cit, p. 52.

326 Véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL, “La mutilación genital femenina y los derechos humanos”, op. cit, p. 21. Esta definición, se recoge también en: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M.I.; “El cuerpo encarnado y las intervenciones sobre la diferencia sexual: mutilaciones genitales desde un enfoque postcolonial”, *Revista de Antropología Social*, 2014, número 23. p. 296, aunque añadiéndole “en países africanos”: “la mutilación genital femenina desde el punto de vista occidental se identifica con las prácticas rituales de extirpación de los genitales femeninos en países africanos”. Como puede observarse, el término extirpación no abarca la totalidad de modalidades que pueden constituir la MGF.

Desde el plano de la antropología, se insiste en resaltar los aspectos culturales y sociales de la MGF. Así, ha sido definida como “la extirpación total o parcial de los órganos genitales femeninos por razones culturales, sociales y no terapéuticas”³²⁷.

Para las ciencias de la salud, tanto desde el punto de vista de la enfermería como de la medicina, se observa cómo la definición engloba, salvo con ligeras variaciones, el concepto de la OMS³²⁸.

Una ligera reflexión en torno a las definiciones aportadas: las diferencias entre ellas son prácticamente irrelevantes, manteniendo un significado análogo. No obstante, se aprecian matices que pueden resultar importantes para la calificación jurídica de la conducta típica. Y esto es así: en la primera definición de la MGF otorgada por la OMS, se observa cómo se emplea el término “lesión causada a los mismos por motivos no médicos”; mientras en el concepto dado por UNICEF se emplea el término “alteración por razones de índole médica”. Por su parte la definición de Amnistía Internacional realiza una simplificación de la MGF a la extirpación mediante el término “extirpar”, dejando de lado otras prácticas menos invasivas.

En cualquier caso, todas las definiciones, incluso la que hemos adoptado como

En el mismo sentido, es recogida en: MARCHAL ESCALONA, N.: “La protección en España de las mujeres y niñas inmigrantes frente a la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 2, epígrafe 11, versión online.

327 Vid: KAPLAN, A, TORÁN, P, K. BERMÚDEZ y CASTANY, M^a.J., “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, op. cit, p. 191.

328 Véanse: GALLEGO ÁLVAREZ, M^a.A., y LÓPEZ, M^a. I.: “Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, N^o 16 (3), 2010, P. 147, si bien, matizando “procedimientos quirúrgicos”; VELASCO JUEZ, C.: “Prácticas tradicionales que vulneran los derechos de las mujeres: mutilaciones sexuales femeninas”, *Matronas Profesión*, 2000, núm. 1(2), p. 11; CASAJOANA GUERREO, M., CARAVACA NIETO, E., MARTÍNEZ MADRIGAL, M^a.: “Una visión global de la mutilación genital femenina”, *Matronas Profesión*, 2012, número 13 (3-4), p. 76.

más adecuada, conllevan diferentes grados o formas de llevar a cabo la MGF, así **como diferentes modulaciones en la afectación a los genitales femeninos que repercutirán en la construcción del delito de mutilación genital como veremos en las próximas páginas.** Pero, antes de nada, sigue siendo necesario establecer aún más profundidad en el estudio del ritual de la ablación, a través de los tipos de mutilación genital femenina, un estudio imprescindible para la valoración del tipo penal que se ha recogido finalmente en el artículo 149.2 del Código Penal, sobre todo teniendo en cuenta su caracterización como delito de resultado.

1.2.2. Tipos de Mutilación Genital Femenina.

Partiendo de la definición aportada por la OMS, la MGF comprende todo procedimiento que incluye la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos, basándose en una prescripción ritual o en una tradición ancestral.

Pues bien. Las formas de MGF, son diversas. La clasificación de los tipos de MGF que se utiliza a nivel internacional es la propuesta por la OMS, UNICEF, UNFPA y UNIFEM³²⁹, todas ellas basadas exclusivamente en la intervención

329 Sobre los tipos de MGF, véanse, los siguientes trabajos, en los que se sigue el criterio de la OMS: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 29-33, KAPLAN MARCUSAN, A., TORÁN MONSERRAT, P., BERMÚDEZ ANDERSON, K. y CASTANY FÁBREGAS, M^a.J.: “Las mutilaciones genitales en España”, op. Cit, p. 192; HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”; op. Cit, p. 53; ROPERO CARRASCO, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos...”; op. cit, p. 356; de la misma autora: “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”; op. cit, p. 1393; TORRES FERNÁNDEZ, E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, op. cit. p. 936; PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La protección en España de las mujeres y niñas inmigrantes frente a la MGF”, op. Cit, epígrafe XI, versión online; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M.I.: “El cuerpo encarnado y las intervenciones sobre la diferencia sexual: mutilaciones genitales desde un enfoque postcolonial”, op. Cit., p. 297; CASAJOANA GUERREO, M., CARAVACA

quirúrgica, sin tener en cuenta las tipologías rituales³³⁰.

En la Declaración conjunta OMS/UNICEF/UNFPA se clasifica la mutilación genital femenina en cuatro tipos. El uso de esta clasificación durante el último decenio ha puesto de manifiesto algunas ambigüedades, por lo que en la clasificación que aquí se presenta se incorporan modificaciones para responder a determinadas inquietudes y carencias, pero se mantienen los cuatro tipos. Además, se han creado subdivisiones para describir de forma más minuciosa los diferentes procedimientos cuando es necesario.

Por lo general la extensión de la ablación del tejido genital aumenta del tipo I al tipo III, pero hay excepciones. La gravedad y el riesgo están estrechamente vinculados con la extensión anatómica de la ablación, así como con la clase y cantidad de tejido escindido, que pueden variar de un tipo a otro.

El tipo IV comprende una gran variedad de prácticas en las que no se secciona tejido de los genitales. Si bien la investigación sobre la mayoría de los tipos es limitada, las prácticas del tipo IV parecen por lo general conllevar menos daños o riesgos que las de los tipos I, II y III, que consisten en la resección de tejido genital³³¹.

NIETO, E., MARTÍNEZ MADRIGAL, M^a.: “Una visión global de la mutilación genital femenina”, *Matronas Profesión*, 2012, número 13 (3-4), p. 76. VELASCO JUEZ, C.: “Prácticas tradicionales que vulneran los derechos de las mujeres: mutilaciones sexuales femeninas”, op. cit, p. 12.

330 Cfr. ORTEGA SÁNCHEZ, I.: “Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina”; op. cit, p. 39 y ss.

331 Vid. OMS, Salud sexual y reproductiva: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/overview/es/>

Tipología completa con subdivisiones:

•**Tipo I: Clitoridectomía**³³². Resección parcial o total del clítoris y/o del prepucio.

En ella se distinguen dos categorías:

1.a) la resección del capuchón o prepucio del clítoris solamente;

1.b) la resección del clítoris con el prepucio.

Este tipo es llamado también *circuncisión sunna*.

•**Tipo II: Escisión**³³³ acompañada de ciertos rituales³³⁴.

•**Tipo III: Infibulación**³³⁵. Consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal con la

332 La forma más frecuente de realizarlo es tirar del clítoris y cortarlo con un objeto cortante de un solo golpe. Si sangra, se coloca una grasa o cualquier sustancia que pueda frenar la hemorragia. Si es practicada por personal sanitario puede que se coloquen dos puntos de sutura para frenar la hemorragia de la arteria clitorídea. Cfr. VELASCO JUEZ, C.: “Prácticas tradicionales que vulneran los derechos de las mujeres: mutilaciones sexuales femeninas”, op. cit, p. 12.

333 La importancia de la escisión es muy variada; a veces, si la extirpación de los labios menores es importante, puede provocar alteraciones en la uretra. La cicatrización puede acompañarse por un acercamiento de la pared vaginal y llegar a ser una pseudoinfibulación. A este tipo de práctica corresponde la mayoría de las mujeres mutilada en África.

334 Cfr. ORTEGA SÁNCHEZ, I.: “Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina”; op. Cit. p. 40. En este sentido, la autora recuerda a Boddy que menciona como variante de la infibulación, las pseudocircuncisiones de Egipto y Norde del Sudán prácticas en las hijas de la élite educadas al modo occidental para simular la infibulación, de manera que no sean recriminadas por las mujeres ortodoxas del linaje ni por sus propias compañeras en los colegios. Véase: VELASCO MAÍLLO, H.M.: *Cuerpo y espacio. Símbolos y metáfora, representación y expresividad de las culturas*, Madrid, 2007, p. 103. Sobre infibulación véase también: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 29-33

335 En esta modalidad para que cicatrice la herida, se acercan los bordes de los labios mayores y se mantienen unidos mediante espigas o puntos de sutura. Posteriormente se atan las piernas juntas durante dos o seis semanas. Cuando cicatriza la herida, se forma una especie de capuchón que cubre la uretra y parte de la vagina, lo que constituye un obstáculo para las relaciones sexuales. Por ese pequeño orificio que queda, saldrá al exterior la orina y la menstruación. Según el orificio, a veces no es posible

creación de un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores y/o mayores, con o sin escisión del clítoris. Existen dos modalidades de la misma: 1) la resección y recolocación de los labios menores; y 2) la resección y recolocación de los labios mayores.

Este tipo también es denominado como *circuncisión faraónica* y podría extenderse a otras fuentes, como la introcisión o episiotomía tradicional, que es definida como “el desgarrar del orificio vaginal con la mano o con un utensilio de doble filo”³³⁶ y la traquelotomía tradicional, que consiste en la “ablación de parte del cuello del útero de las mujeres casadas”³³⁷.

•**Tipo IV**³³⁸: Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales femeninos con

mantener relaciones: existen casos descritos en los que ha sido necesario la abertura por el marido, una mujer de la familia o una partera tradicional que realizó la mutilación. En algunos países es costumbre que la mujer sea infibulada después del parto, práctica que supone entre el 15% y el 20% del total de mutilaciones. Se practica en algunos países como Eritrea, Egipto, Sudán, suponiendo en otros países el 80-90% de todas las mutilaciones (Djibuti, Somalia, Sudán). Cfr. VELASCO JUEZ, C.: “Prácticas tradicionales que vulneran los derechos de las mujeres: mutilaciones sexuales femeninas”, op. cit, p. 12. En este sentido, apunta ORTEGA SÁNCHEZ, I., en “Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina”; op. cit. p. 40, que la infibulación requiere de una “desinfibulación” el día de la boda para permitir la relación sexual que, en ciertas comunidades, lleva a cabo el propio marido con un cuchillo y también requiere otros cortes posteriores para posibilitar los partos, después de los cuales la comadrona vuelve a suturar.

336 Véase: MORA, L.M y PEREIRA, V.: *Mujeres y solidaridad. Estrategias de supervivencia en el África Subsahariana*, Madrid, 1999, p. 124.

337 Cfr. MARTÍ, J.: *La cultura del cuerpo*, Barcelona, 2008, p. 50.

338 Véase, sobre el Tipo IV: FUSACHI, M.: “Algunas formas de MGF del Tipo IV cuyo aspecto dañino es cuestionable”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, PP. 167-168; KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 29-33

finés no médicos, tales como la punción, perforación, incisión, raspado o cauterización para quemar el clítoris y los tejidos de alrededor. La OMS se refería con este apartado a un cajón de sastre, a una serie de prácticas que por su naturaleza son inclasificables, y a las que se pueden añadir: estiramientos del clítoris, cosido del clítoris o los labios o ambos, el rapado del orificio vaginal, cortes en la vagina o introducción de sustancias corrosivas o resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores.

Se han empleado las siguientes dos subdivisiones:

- 1) la resección de los labios menores solamente;
- 2) la resección parcial o total del clítoris y de los labios menores; y
- 3) la resección total o parcial del clítoris, los labios menores y los labios mayores.

Como quiera que, desde el punto de vista criminológico, los modos mutilatorios son muy diversos, la OMS advierte que la práctica que se realiza con mayor frecuencia es la clitoridectomía y la escisión de los labios menores, prácticamente en el 80% de los casos; mientras que el procedimiento más victimizante y riguroso como es la infibulación, constituye el 15% de los supuestos.

Así pues, como acabamos de estudiar, existen al menos cuatro modalidades de MGF, frente a la simplicidad con la que el Código Penal se refiere a la misma con la expresión “en cualquiera de sus manifestaciones”, extremo éste que será analizado en los siguientes epígrafes³³⁹.

1.2.3. Exclusión en el tipo penal de la mutilación genital masculina.

Llama la atención como la redacción del nuevo tipo penal omite el término

339 Vid. HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, op. cit., p. 53, “aspectos criminológicos”.

“femenino” situado en el texto inmediatamente después de mutilación genital³⁴⁰ o una referencia a la mujer³⁴¹. Ante tal omisión no es descabellado inferir que la mutilación a la que hace referencia el tipo penal se refiere, a priori, indistintamente a mujeres y a hombres como sujetos pasivos³⁴² ya que ambos podrían ser titulares del bien jurídico protegido en la Título III, Libro II Cp., *De las lesiones*.

Sin embargo, entiendo que esta fórmula empleada entra en una absoluta contradicción con el fundamento que dio origen a la tipificación expresa y autónoma del delito de mutilación genital a través de la LO 11/2003, cual es la protección de las niñas y mujeres sobre las que se practica el ritual de la ablación³⁴³. Para conocer con

340 En el mismo sentido: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto social*, op. cit, p. 171; SERRANO TÁRREGA, M^a.D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal...”, op. cit, p. 406.

341 La referencia a la mujer sí figuraba en la primera redacción del precepto. Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 136-1, de 21 de marzo de 2003, p. 5, en el que al referirse al artículo 149, párrafo 2, se recoge: “El que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor de edad 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 diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

342 Para TORRES FERNÁNDEZ, M^a.E.: “El nuevo delito de mutilación genital...”, op. cit, p. 105, “la interpretación literal del precepto llevaría a incluir la mutilación genital de los varones”. En el mismo sentido: CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y la jurisprudencia penal española sobre la ablación”, op. cit, p. 866.

343 De la misma opinión: MAQUEDA ABREU, M^a.L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007, número 4, pp 13 y 14. Lo expresa de manera muy clara: “En este país el debate penal quedó abierto por la creación de la Ley 11/2003 de un tipo penal de mutilación genital, que pese a la indeterminación de los sujetos, se sabía pensado para reprimir los casos de mutilación sexual femenina, como detallaba explícitamente su exposición de motivos”. Así, en la misma línea que la autora, véase: ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006, p. 181; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración*,

exactitud la finalidad de la norma al introducir el delito de mutilación de forma autónoma, puede leerse de forma literal en su Exposición de Motivos:

“Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la **mutilación genital de mujeres y niñas** es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina”³⁴⁴.

Del texto, queda en evidencia que la finalidad de introducir el delito de mutilación genital -incluso llega a añadir “o ablación”- es claramente para combatir con firmeza la práctica del ritual ancestral en mujeres y niñas. Por lo que, aun desconociendo los motivos de la omisión del adjetivo “femenina”, adhiriéndome al espíritu de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, así como al criterio interpretativo introducido por el Derecho civil³⁴⁵, la aplicación del artículo 149.2 del

diversidad y conflicto social, op. cit, p. 172; SERRANO TÁRREGA, M^a. D.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal.”, op. cit, p. 406.

344 Punto IV - 3º de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, BOE número 234 de 30 de septiembre de 2003. Además, se añade un inciso determinante de la vinculación de la tipificación penal del delito de mutilación genital con el ritual de la ablación -y no a otro tipo de mutilación-, al referirse a los padres de las niñas como responsables de que a sus hijas se les practique la ablación: “En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años. Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”.

345 El artículo 3 del Código Civil establece: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad

Código Penal relativo al delito de mutilación genital entiendo que se aplicará exclusivamente a aquellos casos en los que se produzca una mutilación a causa del ritual de la ablación, del que sólo pueden ser sujetos pasivos las mujeres y las niñas³⁴⁶.

Pero aún en el caso de que el legislador haya querido incluir las mutilaciones genitales masculinas y la omisión del adjetivo “femenina” haya sido consciente, considero fundamental abrir un paréntesis aclaratorio sobre el alcance de la mutilación masculina, y, al parecer, equívoco en su denominación.

1.2.3.1. Paralelismo con la circuncisión masculina.

Sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado en las profundidades de la historia de la medicina y concretamente del tratamiento a lo largo de la historia desde la antigüedad, de los órganos sexuales a través de procedimientos e intervenciones en muchos casos médicas y quirúrgicas, es el momento de hablar de la circuncisión masculina, y su relación con la mutilación genital femenina³⁴⁷.

Tanto en un caso como en otro se trata de intervenciones en los genitales que forman parte de tradiciones y también de preceptos religiosos y que tienen en común la nota del enraizamiento en las tradiciones culturales de un gran número de pueblos

social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

346 De la misma opinión: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto social*, op. cit, p. 172.

347 Un estudio médico minucioso y especialmente interesante sobre la relación entre la mutilación genital femenina y la circuncisión masculina es el que ha realizado ÁLVAREZ DEGREGORI, M^a.C., en la obra ya citada de la autora, *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, p.p. 25 a 74.

del mundo.

La circuncisión se encuentra en paralelo con la mutilación genital femenina, en tanto que en las mismas sociedades donde se practica la ablación, es común la existencia de la circuncisión masculina. Ésta una de las primeras cirugías que se practicaron en la historia de la medicina. Las primeras imágenes disponibles sobre la circuncisión se encontraron en Egipto, 2300 años antes de Cristo.

Se practica entre judíos y musulmanes para seguir el ejemplo de Abraham³⁴⁸. Actualmente, en todas las partes del mundo -en todos los continentes- es practicada. Así, todos los coptos de Egipto, Etiopía y Sudán circuncidan a sus niños. Incluso el 66% de los niños estadounidenses son circuncidados, independientemente de la religión que practiquen. En Europa, probablemente entre el 2 y el 5% de la población masculina está circuncidada, en Australia el 10% y en Canadá el 25%. En resumen y para simplificar, alrededor de 13.000.000 de niños son circuncidados anualmente en el mundo³⁴⁹. Y por supuesto, en Estados Unidos, donde se practica de forma rutinaria en la mayoría de los varones recién nacidos de los EEUU³⁵⁰, por razones terapéuticas y

348 Cfr: CAMPOS ARIAS, A. y ERAZO, E.: “Circuncisión masculina y la utilidad en la prevención de infección por VIH”, en *Duazary. Revista de la Facultad de Ciencias*, 2013, Vol. 10, núm. 1, p. 34. Especialmente resulta de interés para el punto que estudiamos ahora, la aclaración de que el Corán no prescribe la circuncisión explícitamente, pero ésta se sigue entre musulmanes porque Abraham se la practicó y los musulmanes lo consideran uno de los profetas precedentes a Mahoma. En esto contrasta con el cristianismo. Según la tradición Cristiana, a Jesús le practicaron, igualmente, la circuncisión, no obstante, la circuncisión no es una tradición u obligación en todos los grupos de cristianos alrededor del mundo. En este sentido, véanse también: PROVENCIO-VÁZQUEZ, E., y RODRIGUEZ, A.: “Circumcision revisited”, *Journal Special Pediatric Nursing*, núm. 14, pp. 295-297; ABU-SAHLIEH S.A.: “No distinction between male and female circumcision”, *Journal of Medical Ethics*, 1995, núm. 21, pp. 311-312; SANTOS, D., SANTOS, M., y VALER, M.P.: “La circuncisión en el arte religioso”, *Archivos Españoles de Urología*, 2005, Tomo. 58, Número 7, p.p. 597-603.

349 ADAM MUÑOZ, M^a.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico frente a la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 6.

350 Según la National Organization to Halt the Abuse and Routine Mutilation of Males, la circuncisión masculina es practicada por el 60% de los americanos. Véase: “Statistics on Human

de prevención de infecciones (como el VIH, problemas renales, infecciones de tracto urinario) cuya idoneidad está empezando a ser cuestionada, y no está demostrada. Desde el ámbito médico se han alzado voces discutiendo esta práctica en los hospitales, comenzando por la Asociación Médica Americana (AMA)³⁵¹.

La circuncisión practicada al hombre adquiere el cariz de un ritual tradicional en las culturas de los pueblos, siempre con razones de índole diversa, pero con la connotación cultural y/o religiosa en todo caso³⁵². En este sentido, en el mundo hebreo es un signo de identidad y un rito que simboliza la alianza de Yahvé con Abraham y su descendencia (Génesis 17); así los judíos tienen el deber de circuncidar a todos los varones mediante un acto ceremonial (*brit-milá*), que tiene lugar entre el sexto y el octavo día del nacimiento y lo realiza el *mohel*, persona autorizada que ha recibido la instrucción adecuada, mientras el niño es sostenido por el padrino, que suele ser el abuelo. Entre los musulmanes es una costumbre inmemorial, que proviene de ritos preislámicos aunque no está recogida en el Corán. Tiene también un sentido ritual y se lleva a cabo en todo el mundo islámico a una edad variable que oscila entre los tres y los siete años³⁵³.

Genital Mutilation”, cuadro comparativo entre la circuncisión masculina y la femenina, disponible en: <http://www.noharmm.org/HGMstats.htm>

351 Véase: ÁLVAREZ DEGRORI, M^a.C., *La mutilación genital femenina y otros demonios*, Barcelona, 2001 y los trabajos realizados por la Asociación Médica Americana (AMA): <https://www.ama-assn.org/>

352 La circuncisión se practica, por ejemplo, en muchas tribus Bantues africanas, y al mismo tiempo en contextos tan distintos como puede ser Filipinas, también existe una constante llamada a la práctica de la circuncisión en los hombres por motivos diversos, entre ellos el tránsito necesario para alcanzar la masculinidad, y por lo tanto, pasar a la edad adulta. Para un mayor conocimiento, véase: DOYLE, D.: “Ritual circumcision a brief history”, *The Journal of The Royal College of Physicians of Edinburgh*, 2005, Vol. 35/3, pp. 279- 285; LEE, R.: “Circumcision practice in the Philippines: community based study”, *Sexually Transmitted Infections*, 2005, Vol 81, p. 91.

353 Cfr. MORENO ANTÓN, M.: “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15, p. 110, (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI, coord. por Julio Díaz-Maroto y

El principal paralelismo entre la MGF y la circuncisión masculina es, en términos culturales y sociales, que tanto una como otra forman parte del rito de paso a la edad adulta, lo que significa que con independencia de que estemos hablando de una pubertad social y no fisiológica, este ritual permite a los niños y a las niñas el acceso futuro al mundo de los adultos. Y como en muchas culturas, ese mundo de adultos está claramente definido y diferenciado entre el mundo secreto de las mujeres y el mundo secreto de los hombres. La circuncisión funciona a modo de “marca” que llevan de por vida y simboliza que su unidad del grupo también será de por vida. Se trata de una cuestión de pertenencia, estás dentro o estás fuera³⁵⁴.

Ante el paralelismo social y cultural tan evidente, **se debe aportar una definición clara de la circuncisión masculina para conocer si verdaderamente existe una distinción con la MGF**. Y sobre todo, las posturas que en la actual doctrina se están dando.

A la circuncisión masculina se le conoce con la expresión clínica de la postectomía, y consiste en la retirada del prepucio, es decir en su extirpación total o parcial³⁵⁵.

Villarejo y Alma María Rodríguez Guitián).

354 KAPLAN MARKUSAN, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”, op. cit, p. 203; y de la misma autora: “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, op. cit. p. 201. Y entre las distinciones entre ambas, la autora señala en ambos estudios la misma idea: una de las diferencias fundamentales que existe entre ambas circuncisiones viene dada por el carácter religioso que estas culturas confieren a cada una de ellas. La circuncisión masculina dicen que es una obligación emanada del Corán, por tanto, tiene carácter preceptivo. Todos los hombres musulmanes, al igual que los judíos, están circundados, mientras que no todas las mujeres musulmanas lo están. La circuncisión femenina es sunna, es decir que forma parte de la tradición y sólo tiene carácter recomendatorio y no obligatorio, es una práctica pre-islámica.

355 Sobre circuncisión masculina véase el extenso y destacable trabajo realizado por FELIZ BALLESTA, M^a.A.: “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias”, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE), XVI, 2000, pp. 182-192, de donde se ha obtenido la definición de la circuncisión que acabamos de aportar.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia, la define como:

“Acción y efecto de circuncidar a alguien, práctica ritual en varias religiones”³⁵⁶.

Desde diferentes ámbitos, se ha señalado la improcedencia y la inoportunidad de ofrecer un tratamiento diferenciado a la MGF y la circuncisión.

En este sentido, el jurista palestino Sami Aldeeb Abu-Salieh, como especialista en derecho comparado³⁵⁷ advierte del disparate que desde el punto de vista jurídico supone establecer distinciones entre la circuncisión femenina y la masculina, en cuanto ambas son verdaderas agresiones de órganos sanos que en ambos casos daña la integridad física de las niñas o niños cualquiera que sea su motivación. Especialmente critica el cuidado que se tiene en la evitación del término “mutilación” por parte de los médicos para referirse a la circuncisión masculina porque al tratarse de una cuestión religiosa fundamental para el Judaísmo, podrían ser tachados de antisemitas. En términos generales su tesis se basa en la falta de argumentos para justificar la distinción entre la circuncisión masculina y femenina, al tiempo que realiza una crítica ferviente a las organizaciones internacionales y no gubernamentales que disocian a una y otra dando pie a la legitimidad de la circuncisión masculina. Y así, dice:

“No existe ninguna razón que justifique la distinción entre circuncisión femenina y circuncisión masculina. El Doctor Zwang va todavía más lejos. Afirma: "no se podrá nunca acabar con la circuncisión femenina si se continúa practicando la circuncisión masculina. ¿Cómo

356 Diccionario de la Real Academia Española, DRAE. Primera acepción. Junto a ella se han incorporado 4 acepciones. Aunque la más válida, bajo mi punto de vista es la primera de ellas, elegida para exponer esta tesis; llama poderosamente la atención la número 4, al decir: “práctica quirúrgica para corregir fimosis”.

357 El autor forma parte del Swiss Institute of Comparative Law, en Lausana, Suiza.

quiere convencer a un africano que no circuncide a su hija si le permite circuncidar a su hijo?. Por tanto, no queda más remedio que condenar la actitud de las organizaciones internacionales y no-gubernamentales en disociar estos dos tipos de mutilaciones, legitimando la circuncisión masculina”³⁵⁸.

En el plano médico, la doctora DEGREGORI, desde el prisma de la observación crítica plantea la contradicción que podría suponer encontrar una familia africana inmigrante en Europa para la cual circuncidar a su hijo es aceptable y a su hija legal y moralmente penalizado. La doctora basándose en los datos presentados por NOHARMM³⁵⁹ viene a poner en tela de juicio la escasa relevancia que se le da por parte de la ONU y el resto de organizaciones internacional al riesgo que para la salud de los niños supone la práctica de la circuncisión masculina. Así, señala:

“La circuncisión masculina aún cuando sea realizada en el ámbito sanitario, tampoco está exenta de riesgos. Los datos sobre la mortalidad infantil debida a complicaciones de la circuncisión “prolifáctica” del recién nacido aparecen publicados de forma esporádica en la literatura médica, pero las complicaciones y efectos secundarios indeseados nutren una extrema lista bibliográfica. (...) Norham estima que trece millones de circuncisiones masculinas anuales en el mundo podrían traducirse en una cifra que oscilaría entre 26 y 541 muertes infantiles por año”.³⁶⁰

358 El citado texto se encuentra en el precioso estudio realizado por ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.: “Legitimación de la circuncisión masculina y femenina”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 1994, p. 195, Universidad de los Andes. El autor realiza un excelente trabajo sobre el tratamiento de la circuncisión masculina y la MGF tanto por el derecho islámico como por la religión en general. Del mismo autor véase también: *Male and female circumcision: Religious, medical, social and legal debate*, Createspace (Amazon), Charleston, 2ª edición, 2012; y “To mutilate in the name of jehovah or allah legitimization of male and female circuncision”, CIRP, *Medicine and Law*, Volumen 13, julio de 1994, pp. 575-622.

359 Véase: NOHARMM: *Estimated Worldwide Incidence of Male Circumcision Complications*, on line: <http://www.noharmm.org/incidenceworld.htm>

360 Véase: ÁLVAREZ DEGREGORI, M^a. C.: *La mutilación genital femenina y otros demonios*,

A mi juicio, para concluir este apartado, y extrapolando la polémica al ámbito penal, entiendo que a pesar de las divergencias doctrinales entre el paralelismo entre la MGF y la circuncisión masculina, **la respuesta penal del delito de MGF recogido en el artículo 149.2 del Código Penal alcanza a la práctica mutilatoria realizada en los órganos genitales femeninos.** Pues a pesar de que su interpretación literal nos puede conducir a incluir en el tipo penal también a las mutilaciones genitales masculinas, por la indeterminación del sujeto pasivo que el tipo presenta³⁶¹. Si bien, esta dualidad de sujetos pasivos viene a chocar de forma directa con las razones propias que la LO 11/3003 esgrimió para la introducción del tipo penal autónomo de MGF. Por esta razón referente a la equiparación en cuanto a la gravedad de la acción de las mutilaciones genitales femeninas con las masculinas, para un sector doctrinal, el tipo penal debe ser en todo caso reconducido a una interpretación restrictiva y coherente con la política criminal que lo informa y referirse de forma exclusiva al ritual de la ablación³⁶².

Así no solamente se cumple con fidelidad con las razones estipuladas en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, en el que se indicaba de forma expresa que

op. cit., p. 54.

361 En sentido contrario, véase: TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, en ponencia ofrecida en el Seminario “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y buenas prácticas en su prevención”, celebrado en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008, p. 13. Puede decirse pues, que la expresión mutilación genital describe la amputación de los órganos sexuales externos, y dado que el tipo se refiere a la conducta como causar a otro, siendo éste un tercero indiferenciado formulado al igual que en el tipo básico de lesiones, la mutilación del tipo de 149.2 puede ser tanto de un hombre como de una mujer. Tal conclusión se ve reafirmada al definirse el resultado del delito como “mutilación sexual en cualquiera de sus manifestaciones”, lo que permite incluir cualquier hecho que tenga como efecto la escisión de un órgano sexual, ya sea masculino o femenino, pues en ambos casos se trata de la manifestación de una amputación sexual.

362 Vid. En el mismo sentido: SERRANO CÁMARA, S.: op. cit, p. 866; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit, p. 172; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: op. cit, p. 1483.

el nuevo delito de mutilación genital se había introducido para combatir la lacra de la MGF en mujeres y niñas de todo el mundo; sino también se deja la posibilidad de castigar la circuncisión masculina por un cauce que entiendo más acertado desde el punto de vista penal, esto es, por la vía de la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, impotencia o esterilidad³⁶³.

1.2.4. Otras mutilaciones genitales femeninas: mutilaciones genitales “aceptadas”.

Entiendo que en la delimitación de la conducta típica se hace absoluta necesidad poner en relación el ritual ancestral de la MGF con las intervenciones quirúrgicas estéticas en los genitales femeninos que traen su origen en occidente para la modificación del cuerpo.

Al plantearse la cuestión de si las modificaciones de los genitales femeninos son una práctica anómala exclusivamente africana, vale la pena recordar que la clitoridectomía (remoción del clítoris) y la histerectomía (eliminación de ovarios y útero) se realizaron en la Inglaterra victoriana del siglo XIX como soluciones quirúrgicas para curar comportamientos sexuales femeninos considerados anómalos y síntomas de trastornos mentales. En concreto, se utilizaban para el tratamiento de la masturbación, de la inclinación lesbiana, de la hipersexualidad y de la histeria. Hay constancia de que en EEUU hasta el año 1905 para prevenir la masturbación se cosían juntos los labios vaginales. Además, hasta el 1935 se utilizó la clitoridectomía en los hospitales psiquiátricos para tratar la epilepsia, la catalepsia, la melancolía e incluso la cleptomanía³⁶⁴.

363 Véase en el mismo sentido: SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, pp. 109-110.

364 Cfr: LA BARBERA, M^a.C.: “Cuerpo femenino y Diversidad Cultural. El caso de la mutilación genital femenina”, en AGUADO ODINA, T., y DEL OLMO, M. (Editoras): *Educación Intercultural*.

No debemos obviar ni cerrar los ojos al hecho de que en occidente se realizan prácticas de modificación corporal con el fin de adaptar el cuerpo de la mujer a normas patriarcales que afectan a los mismos órganos que la MGF³⁶⁵. Y aunque esta cuestión será tratada con mayor detenimiento y profundidad en el estudio del consentimiento en la MGF³⁶⁶, ahora nos referimos a la tipología de cirugías que se están llevando a cabo.

Concretamente nos estamos refiriendo a la vaginoplastia, la labioplastia y las mutilaciones genitales por reasignación de sexo³⁶⁷. La vaginoplastia consiste en modificar el diámetro de la vagina, ya sea para ensancharla o estrecharla. Por su parte, la labioplastia reductora consiste en la resección de parte de los labios menores cuando se considera su tamaño “anormal”, “asimétrico”, o “colgante”.

Y es que la cirugía plástica genital es un fenómeno que ha aumentado de forma inquietante en los últimos años, principalmente en Europa y Estados Unidos. Así, la Sociedad Americana de Cirugía Plástica y Estética (ASAPS) ha registrado unas 400 jóvenes menores de 18 años que se sometieron a una labioplastia en 2015, lo que representa un aumento del 80% con respecto a las 222 menores intervenidas en 2014. Por otro lado, un informe británico de 2013 desveló que el número de labioplastias realizadas por el Servicio Nacional de Salud se había quintuplicado en una década. El motivo de estas operaciones o intervenciones en los genitales se llevaron a cabo

Perspectivas y propuestas, 2009, pp. 345 y ss.

365 Cfr: EHRANREICH, N., y BARR, M.: “Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of Cultural Practices”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 4, 2005, p.p. 91 y ss.

366 Infra: Capítulo VIII: “El consentimiento en la mutilación genital femenina”.

367 Sobre este tipo de mutilaciones, véase el estudio crítico de ORTEGA SÁNCHEZ, I.: op. cit., pp. 147-152.

principalmente por razones estéticas y no médicas.³⁶⁸

Y junto a ellas, la mutilación genital femenina por reasignación de sexo, que es la que se produce en aquellos casos en los que nace una persona cuya anatomía sexual no puede identificarse de manera clara con una de las dos categorías del sistema binario que como categorías básicas establece la sociedad occidental³⁶⁹.

Y todas las de la categoría del tipo IV de la OMS³⁷⁰ que no son estrictamente coincidentes con el ritual ancestral de la ablación, cuya adaptación y desglose ha sido presentado por la antropóloga Adriana Kaplan y puede verse como sigue:

TIPO IV: Incluye diversas prácticas, de severidad variable, sobre el área genital y sin finalidad terapéutica (piercing, dry sex, stretching, scraping, cauterización del clítoris, etc)³⁷¹.

368 Cfr.: KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 33; y FUSACHI, M.: “Algunas formas de MGF del Tipo IV cuyo aspecto dañino es cuestionable”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

369 Véase: ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género*, op. cit., p. 131. Sobre este tipo de mutilación genital femenina, supone que los equipos médicos determinarán cuál de los dos géneros, hombres o mujer, se asigna al bebé intersexual y ponen en marcha un procedimiento de intervención quirúrgica genital por parte de un equipo de cirugía pediátrica. Para referirse a este tipo de intervenciones, Cheryl Chase emplea desde una perspectiva crítica el término “mutilación genital intersexual”.

370 Según la actualización presentada en febrero de 2016 por la OMS en su nota descriptiva de dicha fecha, puede definirse el tipo 4 de la mutilación genital femenina, como sigue: “Tipo 4 - Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital”.

371 Presentación de la antropóloga ADRIANA KAPLAN del Tipo IV en la Conferencia sobre mutilación genital femenina, celebrada en Granada con fecha octubre de 2016, en la Facultad de Ciencias Políticas.

Es el momento de preguntarse, ¿Hasta qué punto las alteraciones quirúrgicas de los genitales realizadas en los países occidentales se diferencian con respecto a los cortes rituales de los genitales femeninos? Y por otro lado, ¿podemos entender incluidas este tipo de mutilaciones genitales en el tipo penal del artículo 149.2 del Código Penal?

En cuanto a la primera pregunta me remito al estudio del consentimiento en la MGF, en donde realizo una reflexión sobre sus diferencias y su solución desde el Derecho penal³⁷².

Por su parte, respecto de la segunda pregunta, como se verá³⁷³, quedan fuera del ámbito de aplicación del delito de mutilación genital del artículo 149.2, en tanto que, para este tipo de intervenciones, a través de la figura del consentimiento informado, el médico facultativo que las realice quedará exento de responsabilidad y no podrá considerarse su tipicidad en el ámbito de las lesiones.

1.2.5 La SAP 735/2013 de Barcelona como piedra angular en la definición del tipo penal del art. 149.2.

Ante las múltiples posibilidades descritas, la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20ª, en SAP 735/2013, de 14 de junio, ha considerado que las únicas conductas de mutilación genital castigadas penalmente a través del delito previsto en el art. 149.2 del Código Penal son aquellas en las que el autor realiza dichas prácticas por motivos de índoles religiosa o cultural³⁷⁴.

372 Infra: Capítulo VIII: “El consentimiento en la mutilación genital femenina”.

373 Infra: Capítulo VIII: “El consentimiento en la mutilación genital femenina”.

374 Véase: Jurisprudencia, *LA LEY*, Número. *119369/2013*.

La Sentencia, sienta un importante precedente y viene a resolver nuestro dilema, a mi juicio, de manera satisfactoria. Ante los hechos probados sobre los que se fundamenta:

“El acusado, tras iniciar una relación sexual con su pareja, sin que se pudiera determinar si fue con o sin el consentimiento de ésta, en el curso de la misma propinó un fuerte mordisco en los genitales de la mujer con el ánimo de atentar contra su integridad física, que ante el intenso dolor comenzó a gritar arrancándole una parte de los mismos, resultando la mujer con lesiones consistentes en herida abierta con ablación parcial del clítoris y labios menores, en concreto, con ausencia total del labio menor derecho, de las 2/3 partes del labio menor izquierdo y de la parte inferior del capuchón del clítoris, requiriendo para su curación de tratamiento médico y restando como secuela en la mujer un perjuicio estético medio por la amputación de parte de sus genitales, sin que se hubiera visto afectada su funcionalidad para la obtención de placer sexual”.

Me parece interesante analizar y poner en consideración la argumentación de la AP de Barcelona por la que considera que el caso objeto de enjuiciamiento **no era de aplicación al delito de mutilación genital cuando del art. 149.2 CP**, como solicitaba el Ministerio Fiscal.

En su **Fundamento de Derecho Tercero**, recurre a la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre para reducir el supuesto únicamente a supuestos en los que la mutilación genital es realizada por motivos religiosos o culturales, de donde se infiere que se está refiriendo de forma expresa a la ablación. Es interesante acudir a los términos exactos con los que realiza la formulación³⁷⁵, que

375 Como puede verse en la literalidad de la Sentencia: “En cuanto a la calificación jurídica que merecen los hechos declarado probados, no se comparte la efectuada por el Ministerio Fiscal, al entender que el apartado 2 del art. 149 del Código Penal no se refiere a supuestos como el de autos. Efectivamente, dicho apartado fue introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, cuya rúbrica es "de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros" y, de forma clara, en su Exposición de Motivos, al justificar la introducción del precepto expresado, se refiere a "la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a

viene a entender que el supuesto de hecho enjuiciado no se está en el ámbito de aplicación del artículo 149.2 del Código Penal circunscribiendo la prohibición de la mutilación genital únicamente a los supuestos del ritual de la ablación, por ser una práctica que expresamente se ha contemplado en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, al señalar de forma literal que "la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico", afirmando que "la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales".

Muy a pesar de las críticas realizadas a la Sentencia en cuestión³⁷⁶, entiendo que su criterio de delimitación es muy acertado y que **al fin sienta las bases en el ámbito penal para encuadrar las intervenciones genitales rituales en un tipo penal específico**. Está claro que el criterio de interpretación histórico que emplea la Sala no está dotado de toda la fuerza que se espera en un ámbito punitivo tan estigmático como el ordenamiento jurídico penal, pero lo cierto es que gracias a esta delimitación jurisprudencial -muy atrevida, a mi juicio- todas las contradicciones de la redacción del tipo penal del art. 149.2 CP parecen haber sido reconducidas de forma sencilla y con firmeza hacia una solución satisfactoria con el espíritu final de la Ley que dio origen a la introducción de este tipo penal.

nuestro ordenamiento jurídico", afirmando que "la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales". Es decir, el precepto tiene por objeto únicamente combatir esas inaceptables prácticas culturales, pero no supuestos como el de autos".

376 Véase: JERICÓ OJER, L.: "A vueltas con la mutilación genital femenina (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales?", *Diario La Ley*, Núm. 8206, Sección Tribuna, 5 de diciembre de 2013.

1.2.6. La expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” como generalidad indeterminada de la conducta típica.

El art. 149. 2 establece que “el que causará a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

Llama poderosamente la atención que el legislador pese a conocer las diversas modalidades de MGF conceptualizadas que acabamos de ver anteriormente, con efectos más o menos graves y con secuelas distintas en el cuerpo de la mujer o de la niña, se ha decantado por tratar a todas por igual, con independencia de la gravedad de la lesión y sin distinción de la tipología ofrecida por la OMS.

Ello implica un igual tratamiento por igual a todos los tipos de MGF, y además, la ausencia absoluta de una baremación sobre la gravedad de la lesión.

Así las cosas, el Código Penal castiga la MGF “en cualquiera de sus manifestaciones”, cuando se trata de un fenómeno tan heterogéneo hasta llegar a incluir la mutilación simbólica³⁷⁷.

Comenzando por las de menos gravedad, se encuentran las mutilaciones simbólicas, como acabo de indicar, que no suponen una verdadera lesión de la integridad física de la mujer o de la niña, al menos, no con la suficiente intensidad como para accionar la intervención del *Ius Puniendi*, y mucho menos hacer uso de un tipo agravado³⁷⁸. Esto podría suponer, una infracción del mandato constitucional de legalidad³⁷⁹.

377 Cfr. SERRANO MAÍLLO, A.: “El secuestro de la mutilación genital femenina, devolviendo la voz a sus protagonistas”, op. cit, p. 651.

378 Vid: CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y jurisprudencia penal sobre ablación”, op. cit, p. 868.

379 Vid: SERRANO MAÍLLO, A.: “El secuestro de la mutilación genital...”, op. cit, p. 651.

A ellas hay que añadir, por encontrarse en semejante tesitura, la modalidad IV de la clasificación de la OMS, que presenta dudas respecto de las posibilidades de incardinación en el art. 149.2 CP toda vez que se trata de un conjunto de variadas técnicas, incisión, punción, quemaduras, abrasión química, de las que no se precisa específicamente su idoneidad para producir estrictamente el resultado descrito de amputación, siquiera sea parcial, de los órganos sexuales externos, no cabría estrictamente decir que se trata de una modalidad de mutilación³⁸⁰.

La **modalidad I y II**³⁸¹ provocan en la integridad mujer una lesión de gravedad parecida en cuanto se produce una **clitoridectomía** en sentido estricto, o lo que normalmente se conoce como mutilación genital.

En cambio, la que mayor gravedad reviste es la **modalidad III**, infibulación, que como vimos, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal con la creación de un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores y/o mayores, con o sin escisión del clítoris, que puede llegar a provocar incluso la muerte de la mujer.

Como puede verse, es cuestionable la formulación de la conducta realizada por el legislador, que equipara los resultados lesivos de las modalidades más lesivas de MGF (Infibulación) con las ablaciones simbólicas y las modalidades del grupo IV. Entiendo que esta tendencia incriminatoria fue un intento por parte de nuestro legislador de adaptarse a la normativa de la Unión Europea³⁸², principalmente a los

380 No obstante, en este caso, se ha interpretado que su tipicidad en el seno del artículo 149.2 CP en cuanto se trate de lesiones de una entidad equiparable en sus efectos sobre la capacidad sexual a la efectiva amputación del clítoris Cfr.: TORRES FERNANDEZ, E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, op. cit, p. 955.

381 La modalidad I y II es la clitoridectomía en sentido estricto.

382 Cfr. SILVA CUESTA, A.: “La mutilación genital femenina: De los Derechos Humanos a la tipificación penal”, op. cit., p. 25.

mandatos recogidos en la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009, que viene a prescribir el castigo de las formas simbólicas de MGF con el objetivo de erradicar de forma tajante cualquier manifestación de la MGF en el ámbito de la UE³⁸³.

1.2.7. Recapitulación y toma de postura.

Tras este largo recorrido con pretensiones de delimitar la conducta típica, merece la pena, a efectos de concentrar las ideas de cada subepígrafe, realizar una pequeña recapitulación a fin de enfatizar con más coherencia la toma de postura.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico la mutilación genital femenina actualmente se encuentra penalmente contemplada junto a los delitos contra la integridad física de las personas, como un tipo cualificado de lesiones en el art. 149.2 del Código Penal.

Para conocer las razones por las que se introdujo la regulación penal específica de la MGF, debemos remitirnos en primer lugar a la Proposición de Ley que tuvo su origen en el Senado para la reforma del artículo 149 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³⁸⁴. En ella, se argumentaba a favor del tratamiento penal específico de la mutilación genital femenina, la existencia de un “consenso científico en incluir dentro de este precepto los supuestos de mutilación genital femenina, al considerar que semejantes prácticas provocan la inutilidad de un órgano o miembro principal. Pero también es cierto que desde diversos ámbitos se viene sosteniendo, y parece razonable, que se incrementaría la seguridad jurídica frente a posibles

383 Supra. Capítulo II. Marco legal Internacional: mutilación genital femenina y Derechos Humanos.

384 BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley de 23 de julio de 2001, núm. 161. 1 y 2.

interpretaciones dispares de los Tribunales si se recogiera de manera expresa la tipificación de estas prácticas”³⁸⁵. Y se presentaba como artículo único de modificación del art. 149 del Código Penal, con la introducción de un segundo párrafo que quedaría de la siguiente manera: “en todo caso se considerará comprendida en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones”.

La tipificación penal específica de la MGF finalmente se introdujo con la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, justificando la necesidad de tipificar la mutilación genital femenina en la necesidad de erradicar “prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico”, y por ello, “debe combatirse con firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente culturales o religiosas”.

Así, la mutilación genital femenina queda recogida como un nuevo delito en el art. 149.2 CP, con el siguiente tenor literal:

“El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, la tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

385 El Preámbulo de la Proposición encontramos las razones de su impulsión: a) que el fenómeno de la mutilación genital femenina es un crimen que afecta a más de ciento treinta y cuatro millones de mujeres, se practica de forma legal y en otro cuarenta millones y se tolera de forma encubierta; b) la brutalidad de los métodos empleados para la práctica cuyas secuelas son permanentes; c) el aumento de las intensas corrientes migratorias están acrecentando la proximidad de éstas prácticas y la sensibilidad ciudadana frente a ellas; d) se han presentado o están en curso diversas iniciativas parlamentarias; e) en la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán, CIU, se solicita un profundo estudio y análisis de la legislación española y si es necesario, que se efectúen modificaciones para que esta práctica sea perseguida penalmente con independencia del lugar donde se realice; f) la proposición legislativa afecta al 149 del Código Penal.

Al respecto del precepto, pese a la postura de un importante sector doctrinal para el que la MGF debía incluirse en la anterior relación del delito agravado de lesiones³⁸⁶, a partir de 2003 en nuestro país el Código Penal contempla la autonomía penal de la MGF, correspondiendo a un delito gravísimo o de “lesiones superagravadas”³⁸⁷, castigando con penas de prisión de seis a doce años. En cualquier caso, un análisis del tipo nos conducirá a la valoración de la fórmula empleada por el legislador, como puede verse a continuación.

Se aprecia, en primer lugar, la generalidad e indeterminación del precepto, al omitir en su terminología el adjetivo “femenina”³⁸⁸. La interpretación literal nos lleva a incluir en el tipo penal también a las mutilaciones genitales masculinas equiparando en cuanto a la gravedad de la acción las mutilaciones genitales femeninas con las masculinas; para un sector doctrinal, el tipo penal debe ser en todo caso reconducido a una interpretación restrictiva y coherente con la política criminal que lo informa y referirse de forma exclusiva al ritual de la ablación³⁸⁹.

386 En relación a la inclusión de la MGF en la anterior redacción del art. 149 CP, véase: ROPERO CARRASCO, J.: “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”, op. cit., p. 1396; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: “La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones...”, op. cit., p. 1483; LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español”, en DE LUCAS MARTÍN, J.: *Europa: derechos, culturas*, Valencia, 2006, p. 108; en la misma obra: KAPLAN MARCUSÁN, A., y BEDOYA MURIEL, M^a.H.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España”, p. 45; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit, 2010, p. 170; GARCÍA ARÁN, M.: “Prevenir las mutilaciones sexuales”, *El Periódico*, mayo de 2011; GARCÍA-GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento...”, op. cit, p. 58; SERRANO CÁMARA, S.: “La legislación y jurisprudencia...”, op. cit, p. 865.

387 Cfr: GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, M^a.C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2011, pp. 44 y 48.

388 Vid. VÁZQUEZ GONZALEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit, p. 171; CÁMARA ARROYO, S.: op. cit, p. 866.

389 Vid: SERRANO CÁMARA, S.: op. cit, p. 866; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit, p. 172; ADAM MUÑOZ, M^a.D.: op. cit, p. 1483.

En segundo lugar, resulta francamente discutible e imprecisa la expresión “*en cualquiera de sus manifestaciones*”, proporcionando un trato por igual a todas las modalidades de MGF. Sin embargo, ya vimos al inicio que no todas las tipologías producen el mismo resultado lesivo en el cuerpo de la mujer o de la niña. Esta circunstancia adquiere relevancia si tenemos en cuenta que existen modalidades simbólicas de MGF que no implican una auténtica lesión a la integridad física, de mínima entidad lesiva pero que quedarían bajo el amparo de las lesiones graves del art. 149.2 previsto para la MGF en cualquiera de sus manifestaciones. Este extremo ha sido expresamente criticado, puesto en tela de juicio, pues ello acarrearía una correlativa infracción del mandato constitucional de legalidad³⁹⁰. Sin embargo, estamos lejos de alcanzar una política criminal más acorde al principio de intervención mínima del Derecho penal cuando la normativa comunitaria europea alcanza a desarrollar la misma orientación punitiva³⁹¹, al considerar necesario la incriminación de las formas simbólicas de MGF con el objetivo de limitar o justificar esta práctica culturalmente condicionada en la UE³⁹².

La cuestionable formulación realizada por el legislador, que equipara los resultados lesivos de las modalidades más lesivas de MGF (Infibulación) con las ablaciones simbólicas y las modalidades del grupo IV, está claramente motivada por la normativa de la Unión Europea, principalmente a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009, que viene a prescribir el castigo de las formas simbólicas de MGF con el objetivo de erradicar de forma tajante cualquier manifestación de la MGF en el ámbito de la UE.

A mi juicio, en este punto es donde se encuentra la mayor fisura del art. 149.2 CP dificultando de forma notoria la delimitación de la conducta típica. Su orientación político-criminal viene a invadir y sobrepasar los límites del principio de intervención

390 Cfr. 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*, Núm. 7, 2010, p.651.

391 Véase: art. 22 de la *Resolución del Parlamento Europeo*, de 24 de marzo de 2009.

392 Cfr. CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y la jurisprudencia penal española sobre ablación...”; op. cit, p. 868.

mínima del Derecho Penal, provocando un exceso punitivo que no favorece bajo ningún concepto el tratamiento jurídico del problema de la MGF. La estrategia político-criminal empleada, lejos de ahondar en la prevención y en criterios de mediación siembra el sesgo del ataque a la cultura “del otro” y a su constante criminalización.

En consecuencia, parece prudente sugerir una interpretación restrictiva del art. 149.2 CP ciñéndose al concepto de mutilación (amputación total o parcial), englobando en él también su vertiente funcional por la que ha de entenderse también la incapacidad del órgano, así como los daños (lesiones) graves en los genitales femeninos³⁹³.

1.3. Comisión por omisión.

1.3.1. Planteamiento.

Para completar el estudio de la conducta típica en el delito de mutilación genital femenina, una vez se ha abordado el comportamiento activo -la acción- , se hace necesario ahora analizar la comisión por omisión, en tanto que del mismo modo que la acción, puede producir resultados socialmente nocivos³⁹⁴.

393 Cfr.: CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y jurisprudencial penal española sobre la ablación”, op. cit, p. 868. De la misma opinión: VAZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración. Diversidad y Conflicto...*, op. cit, p. 172; SERRANO MAÍLLO, A.: “El secuestro de la mutilación genital femenina”, op. cit, p. 651; SILVA CUESTA, A.: “Mutilación genital femenina: de los Derechos Humanos a la tipificación penal”, op. cit., p. 25.

394 Se explica por contraposición al comportamiento activo, pues acción y omisión son las dos formas de ueden servir de bcomportamiento humano que pase al delito. Véase: MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015, 9ª edición, pp. 258 y ss.

Aunque la fundamentación y los límites de los delitos de comisión por omisión han estado tanto antes como ahora poco claros³⁹⁵, podemos comenzar diciendo que la diferencia entre acción y omisión radica en el tipo de norma infringida: en el delito de omisión se infringe una norma de carácter imperativo mientras en el delito de acción se infringe una norma de carácter prohibitivo. La omisión consiste, pues, en no realizar una acción que es ordenada por una norma bajo la amenaza de una pena. Omisión que puede adoptar dos formas: omisión pura o propia y omisión impropia o comisión por omisión³⁹⁶.

En el caso del delito de mutilación genital del artículo 149.2 nos encontramos que, como lesión se trata de un delito de resultado, al que podría aplicarse la fórmula del art. 11CP para hablar de comisión por omisión, en la que no basta con la omisión de la acción esperada por el ordenamiento jurídico, estando el sujeto en posición de garante³⁹⁷, sino que la omisión debe equivaler según el texto de la Ley, a la acción, esto es la mutilación que origina, que exige ese resultado³⁹⁸. En sentido contrario, en los tipos de omisión pura, el legislador no incluye la producción del resultado entre los

395 Véase: CUADRADO RUIZ, A.: “La comisión por omisión como problema dogmático”, ADPCP, Vol. L, 1997, p. 387.

396 Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-35, tomo 1, p. 1 y 2. En el mismo sentido, CUADRADO RUIZ, A., en “La comisión por omisión como problema dogmático”, op. cit, p. 389, dice: “La infracción de la norma prohibitiva da lugar a los delitos de comisión, mientras que la infracción de la norma imperativa o de mandato constituye una omisión. La norma prohibitiva se obedece mediante la omisión de la acción prohibida y la norma preceptiva o de mandato mediante la ejecución de la acción descrita”.

397 CUADRADO RUIZ, M^a A., “ La posición de garante”, en *Rev. De Derecho penal y Criminología*, nº 6, año 2000, pp. 11-68.

398 CUADRADO RUIZ, M^a.A.: “La comisión por omisión como problema dogmático”, op. cit, p. 400.

elementos del tipo, y en consecuencia, no se convierte la evitación del resultado en un deber del omitente³⁹⁹.

Siempre existirá el dilema y la complicada tarea de determinar si realmente es posible la comisión por omisión en los delitos de la parte especial del Código Penal⁴⁰⁰ en los que no se ha previsto esta forma de comisión – a través de la no realización de una conducta que no evita la producción del resultado-.

Y con ello nos metemos de lleno en un terreno especialmente complejo en el que no es fácil adoptar una postura incontestable, en la medida en que no existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial para definir cuando estamos ante una comisión por omisión, a pesar de los esfuerzos del legislador de 1995 por cerrar esta cuestión⁴⁰¹ mediante la introducción, en el artículo 11 CP, de una cláusula de equivalencia; que viene a resolver de un plumazo todas las especulaciones doctrinales. El precepto equipara con carácter general la omisión con la acción, en los supuestos que concurren los requisitos que en él se establecen: posición de garante del omitente e identidad estructural entre la acción y la omisión. Veamos. Según el artículo 11 CP⁴⁰²:

“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

399 Cfr: JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. Ed, 1993, p. 551.

400 Entre los que se encuentra el delito de mutilación genital femenina del artículo 149.2 del Código Penal.

401 ROPERO CARRASCO, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos...”, op. cit, p. 368.

402 Redactado conforme al número ocho del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente⁴⁰³“.

La innovación legislativa fue recibida con grandes recelos por parte de la doctrina⁴⁰⁴. Por un lado, están quienes han considerado muy confuso el precepto unido a la ausencia de criterio para regular los supuestos de injerencia⁴⁰⁵ Y por otra, que suelen coincidir con los anteriores, quienes consideran que no era necesario la introducción del artículo 11 en el Código Penal, bajo el riesgo siempre de una extensión y ampliación constante de los supuestos de comisión por omisión punible⁴⁰⁶.

403 Para un análisis más extenso y pormenorizado de la repercusión y complejidad del artículo 11 CP en el derecho penal español, véase: SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.: “Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Tomo 5, Ref. D-313, p. 1 y ss de su versión online. El autor comienza analizando de manera pormenorizada, tres cuestiones, que según su opinión corresponden a diversas decisiones de política legislativa como la de proceder a una regulación legal expresa de los presupuestos de imputación a título de comisión por omisión, a la inclusión de una única cláusula en la Parte General y a la de abordar el problema de la omisión por omisión desde una perspectiva mixta, que mezcla la fundamentación de tal estructura de imputación en la infracción de un deber cualificado de evitar el resultado y su fundamentación en la constatación de una auténtica equivalencia con la omisión activa, CUADRADO RUIZ, M^a A., “La posición de garante” en *Rev. De Derecho penal y Criminología*, nº 6, año 2000, pp. 11-68; CUADRADO RUIZ, M^a.A.: “La comisión por omisión como problema dogmático”, op. cit, p. 400.

404 Cfr. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código Penal de 1995”, op. Cit, p. 6, y los autores citados por la misma.

405 Véase: SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La regulación de la imprudencia de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal”, en *Món Jurídic*, mayo/junio 1996, p. 64, donde el autor habla de la imprecisión con que la comisión por omisión ha sido prevista en el artículo 11 del Código Penal, propia de una defectuosa redacción del precepto que no sabe si se está refiriendo a la comisión por omisión del proyecto de 1992, basada en la equivalencia estructural; o bien al proyecto de 1994, basado en la infracción de deberes formales; en sentido similar, véase: GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Diatriba del nuevo Código Penal”, en *La Ley*, 1996, núm. 3, p. 1334.

406 Sostienen esta postura quienes entienden que la comisión por omisión podría ser reconducida a

Por todo ello, parece aconsejable conjurar los riesgos que contiene el precepto haciendo una interpretación del mismo que, inspirada en el principio de proporcionalidad, resulte lo más restrictiva posible⁴⁰⁷.

1.3.2. La comisión por omisión en la MGF.

En primer lugar, habría que preguntarse si cabría hablar de mutilación genital femenina en comisión por omisión. Qué omisión sería equivalente a la acción que diese lugar al resultado de mutilación, por parte de un sujeto que sea garante de la integridad, salud, dignidad, de la niña o mujer.

Para el estudio concreto y específico de la comisión por omisión en el delito de mutilación genital femenina⁴⁰⁸, debemos comenzar haciéndonos una primera pregunta: si la ablación es realizada por parteras y mujeres que se dedican a esta actividad siendo ellas quienes ejecutan la mutilación, ¿son responsables en comisión por omisión los padres de la menor mutilada al no impedir que la ablación sea realizada?

través de su indicación en los tipos de la parte especial del Código Penal. Entre ellos, véase: LUZÓN PEÑA, D.M.: “Participación por omisión y omisión de impedir delitos”, en *La Ley*, 1986, núm. 3, p. 541; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, en Homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal, 1993, pp. 73 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: op. cit, p. 62.

407 Advierten el riesgo de una interpretación extensiva de la comisión por omisión: MORALES PRAT, F, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996, p. 89; VIVES ANTON, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, 1996, p. 84.

408 De manera genérica y sin entrar en un estudio pormenorizado y analítico, VALLEJO PEÑA, C., en “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, op. cit, p. 9, rubrica un subepígrafe con el siguiente título: “La autoría del delito tanto por acción como por omisión”, en el que la autora apunta que “puede encuadrarse la conducta en la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal”, cuando concurren los parámetros que ese artículo exige.

Se debe responder, en primer lugar, trayendo a colación la descripción del escenario en el que se produce la práctica del ritual: los padres son quienes contactan con la partera o mujer encargada de practicar la ablación, pagan para su práctica y exponen a la menor a someterse a todo el proceso de mutilación. En este sentido, el padre y la madre no actúan del mismo modo. En el caso de la madre, suele ser quien sostiene a la menor mientras le es practicada el corte de sus genitales, convirtiéndose en una verdadera cooperadora en la fase de ejecución de los hechos. Sin embargo, en el caso del padre, su intervención activa en el momento del ritual no consta⁴⁰⁹, es una ausencia absoluta reforzada por la idea de que la ablación es “cosas de abuelas”⁴¹⁰, o asunto propio de mujeres. Bajo esa circunstancia, es prácticamente imposible la implicación del padre. Por tanto, el planteamiento al que nos avoca esta premisa es hacia la posibilidad de que el padre -y por ende, la madre también cuando no haya intervenido en la ejecución de la mutilación- pueda responder como cooperador necesario de la mutilación genital femenina en comisión por omisión⁴¹¹.

409 La presencia de los hombres en la ceremonia del ritual es raro que se produzca. Véase: AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas de iniciación*, op. cit; HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, op. cit, p. 80.

410 Véase: ROPERO CARRASCO, J.: “El derecho penal ante la mutilación genital femenina”, op. cit; y de la misma autora: “La mutilación genital femenina, una lesión de los derechos fundamentales de las niñas...”, op. cit, p. 368 y ss; HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, op. cit, 80; IRUJO, J.M^a.: “Cientos de niñas que viven en España son mutiladas sexualmente”, *Diario El País*, 29 de abril de 2001, donde se recoge el relato del fiscal: “Ladislao Roig, teniente fiscal de Baleares, describe así el proceso: 'La madre nos miraba al juez y a mí como si fuéramos bichos raros que invadíamos su intimidad. El padre decía que era cosa de las abuelas’”.

411 Para Herrera Moreno no es posible la incriminación al padre en comisión por omisión. Según la autora: “(...) más correoso se presenta el calificar la intervención del padre, y su responsabilidad. La figura de un progenitor altamente interesado, en abstracto, pero distraídamente ausente de los avatares y pormenores del caso concreto elude bonitamente cualquier intento de responder a las exigencias de la equiparación entre acción y omisión del art. 11 del Código Penal”. Cfr. derechos fundamentales de las niñas...”, op. cit, p. 368 y ss; HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito

Si como hemos visto anteriormente en el planteamiento inicial, según la mayoría de la doctrina para la imputación del resultado en comisión por omisión se requieren dos requisitos:

- 1) la presencia de una posición de garante (ya la consecuente vulneración del deber de garantía que se deriva de la misma) y
- 2) identidad estructural entre la acción y la omisión, en el caso que estudiamos se observa un claro deber de garante de los padres respecto de su hija menor.

Dicho de otra manera, los padres en este caso son los responsables de la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos de su hija, como se deriva del ejercicio de la patria potestad, recogido en el artículo 154 del Código Civil⁴¹². Con ello se está dando cumplimiento a uno de los requisitos del artículo 11, en su apartado a): “cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar”.

Pero además, puede anunciarse con total certeza que también se cumple el requisito de la letra b) del artículo 11, cual es: “cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente”. Así pues, este criterio del que se infiere un deber de actuar precedente, -o lo que es lo mismo, un deber de injerir-, para el caso de los padres de la mejor que han

de la problemática sobre mutilación genital femenina”, op. cit, 80.

412 *Establece el artículo 154 del Código Civil que: “los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2) Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”. Redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE, 29 de julio de 2015).*

encargado la práctica de la ablación a una mujer experta en el ritual, debería traducirse en la obligación de evitar que el riesgo se convierta en lesión. Si los padres no impiden que el riesgo se convierta en mutilación genital femenina, pueden responder por el resultado producido en calidad de autores del mismo en comisión por omisión⁴¹³.

La segunda cuestión que debemos plantear en este apartado es en relación a la suficiencia del deber de garante: ¿es suficiente no cumplir con el deber de garante para afirmar la responsabilidad por el resultado en comisión por omisión? Remitiéndonos, en primer lugar, al artículo 11 del Código Penal, encontramos una primera respuesta: no basta con que se haya vulnerado un deber de garante sino que además la infracción de ese “especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación”. Pues bien, no es tan sencillo escarbar la respuesta por la que ligeramente, en principio, podríamos considerar que tanto el padre como la madre de la menor mutilada responden por las lesiones causadas a su hija a título de autores en comisión por omisión. Es decir, como si fueran ellos quien activamente las han causado. Sin embargo, el asunto realmente se complica cuando observamos que la producción del resultado lesivo sobre los genitales (en muchos casos, de la menor), se debe a la intervención -en todo caso- de una tercera persona ajena a los padres (la pareja o mujer encargada de la ablación), que es quien verdaderamente lleva a cabo la mutilación. No se cumple la premisa de que el resultado se ha causado por la omisión de responsabilidad de sus padres. Por el contrario, éstos se mantienen impasibles ante el acto de la mutilación llevada a cabo por la partera,⁴¹⁴ resultando más bien partícipes en omisión, que autores directos. Esta

413 De la misma opinión: ROPERO CARRASCO, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión a los derechos fundamentales”, op. cit, p. 369.

414 Podemos encontrar de manera gráfica un ejemplo, que nos ayuda a ver con más claridad este supuesto. “Cuando los padres deciden no anudar el cordón umbilical del recién nacido, causando su muerte, resulta inobjetable que estos respondan por un homicidio en comisión por omisión. Sin embargo, si lo que hacen es asistir impasibles a la acción de un tercero que causa activamente la muerte del niño asfixiándole, ¿responden únicamente a título de partícipes, por omisión, en la acción de este tercero?, Cfr. ROPERO CARRASCO, J.: op. cit, p. 370.

circunstancia me lleva a pensar que puede ser un sinsentido el incriminar a los padres en comisión por omisión por el delito de mutilación genital femenina cuando es realizada por una tercera persona.

En sentido contrario a lo que creo, el Tribunal Supremo no ha dudado en castigar a título de autor al padre o madre que sin hacer nada para evitarlo, asiste impasible, a la conducta de terceros que lesionan bienes jurídicos de sus hijos, sobre los que tienen un deber de garante⁴¹⁵.

La cuestión radica en determinar que los padres de la menor son en todo caso responsables penalmente⁴¹⁶ -con las consecuencias que acarrea la incriminación en delitos culturalmente condicionados-⁴¹⁷, pero poniendo siempre, a la hora de fijar la responsabilidad penal, el punto de mira en el interés de la menor. Tengamos en cuenta que la incriminación en comisión por omisión conllevaría la misma respuesta desde el punto de vista de la pena que el comportamiento activo del delito. Los padres responderían con penas de prisión de 4 a 12 años.

Se abre, de esta manera, el debate sobre si es conveniente que los padres de la menor sean condenados como autores. Básicamente porque el Derecho penal ha de tener en consideración a las víctimas -más cuando se trata de menores- y su especial vulnerabilidad: en este caso nos encontraríamos con una menor que además de haber

415 Véanse las STS de 28 de junio de 1999, en la que la madre responde por las lesiones infringidas por el padre al menor. En línea similar, STS, de 13 de octubre de 1999, STS, de 26 de junio de 2000.

416 No olvidemos que son los padres quienes ostentan el verdadero control sobre sus hijos, salvaguardando sus bienes jurídicos, y creando una dependencia absoluta de sus hijos respecto a ellos, en cuanto al hacer o no hacer.

417 Seamos conscientes de que, como señala Vázquez González, “los padres que continúan realizando esta práctica, lo hacen siguiendo sus costumbres sociales y culturales, pensando en el “bien” de sus hijas, sin desatenderlas ni maltratarlas de ninguna otra forma”. Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural*, op. cit., p. 181.

sufrido una lesión importante como es la mutilación genital, también se quedaría privada de sus padres -si son condenados como autores-, en un contexto social complicado, normalmente de marginación al pertenecer al colectivo de inmigrantes.

Así las cosas, bajo mi juicio, se acudirá a la incriminación en comisión por omisión -únicamente- en los siguientes supuestos:

- En cuanto a la madre: si no colabora en el desarrollo de la realización de la ablación⁴¹⁸ -del hecho principal-, pero realiza actos previos para la preparación del delito -como encargar a la partera la ablación para un determinado día, propiciar el lugar para su realización, etc-, y luego omite el deber de garante impidiendo la mutilación, podrá ser castigada en todo caso como cooperadora, quedando abierta la posibilidad de ser castigada también como autora de las lesiones en comisión por omisión⁴¹⁹.

- En cuanto al padre: no hay diferenciación respecto del tratamiento para la madre, si llegamos a demostrar que ha participado activamente (o no ha hecho nada por impedirlo) en la preparación del delito o en la ejecución del mismo. Si no ha intervenido activamente en ninguna de las fases, sólo nos queda el recurso a la responsabilidad por omisión⁴²⁰, ya sea como autor o como partícipe. En este caso, especialmente habrá que demostrar la vulneración del deber de garante y el conocimiento de los hechos. Y para

418 No suele ser muy normal que la madre no colabore con la partera, aunque puede ocurrir que sea un familiar cercano quien realice todo el trámite de la ablación hasta su producción, limitándose la madre a permitirlo. Para el caso de que intervenga activamente, ya veremos en el siguiente capítulo la valoración que adquiere este nivel de participación cuando es en sentido contrario, es decir: cuando la madre colabora de forma activa en la mutilación colaborando con la partera hasta el último momento.

419 La solución al concurso de normas, vendría dada, en principio, por el principio de subsidiaridad a favor de la autoría omisiva. No obstante, será completado en el capítulo correspondiente.

420 En sentido contrario, de negar la comisión por omisión del padre: véase supra nota 88.

probar el dolo bastará con que el padre sea consciente del riesgo de producción del resultado, de la existencia de su deber de garante y las consecuencias de su omisión, aunque no tenga un conocimiento exacto de las condiciones en las que se desarrolla la intervención⁴²¹.

1.3.3 La respuesta de la jurisprudencia a la comisión por omisión en el delito de mutilación genital.

Como ya se ha señalado, nuestra jurisprudencia no ha sido especialmente prolífica en lo que respecta al delito de mutilación genital⁴²².

Esta circunstancia redundará en el tratamiento que ahora nos ocupa de la comisión por omisión. Ya se ha advertido, por parte de la doctrina, 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. 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”⁴²³.

La jurisprudencia⁴²⁴, en este sentido, no ha ofrecido un tratamiento uniforme respecto de la comisión por omisión.

421 De la misma opinión: ROPERÓ CARRASCO, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión a los derechos fundamentales de las niñas”, op. cit, p. 372.

422 Algo totalmente razonable por los motivos que ya se han evidenciado a lo largo de este trabajo: se trata de una práctica que es realizada en una absoluta clandestinidad y además tiene la legitimación o refrendo severo de la cultura en las sociedades donde es practicada.

423 VAZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Immigración. Diversidad y Conflicto...*, op. cit, p. 176.

424 Representada por la SAP de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre de 2011; la SAP de Barcelona 42/2003, de 13 de mayo; y la SAN de 4 de abril de 2013.

En la **SAP de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre de 2011**, no se trata, a mi juicio, de manera clara y con la rigurosidad que exige la técnica punitiva, el tema de la autoría en comisión por omisión.

Primero, da por sentado que la ablación ha podido realizarse “de manera directa o indirecta” por los padres:

“No ofrece duda a este Tribunal que los procesados extirparon el clítoris de la menor, bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida, pero con su beneplácito”.

De donde se infiere que el Tribunal ha barajado la posibilidad de la existencia de una tercera persona como autora directa de la ablación⁴²⁵, con el beneplácito de los padres, en todo caso. Sin embargo, el proceso de determinación de las fases de ejecución y por ende de participación en los hechos, es absolutamente ignorado por la Sala, que resuelve de manera simplista sentenciando la autoría de los padres sin pronunciarse sobre la omisión.

En mi opinión, el Tribunal debió precisar que la existencia de una tercera persona en la ejecución del delito conlleva el tratamiento en comisión por omisión respecto de la autoría de los padres; que también debió tratarla de forma individualizada para cada uno de ellos, comprobando si en el acto de la mutilación se encontraban ambos progenitores o únicamente la madre como viene siendo habitual.

Por el contrario, en su Fundamento Jurídico Tercero, la Sentencia de la Sala, resuelve de un plumazo la cuestión, negando otras posibilidades incriminatorias:

“De tal delito de lesiones, mutilación genital, resultan responsables, en concepto de autores, los acusados MM y NM, al haber realizado directa y materialmente los hechos que lo constituyen tal como se deduce de lo expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente

425 Como ya se ha explicado en otros apartados, sabemos que la ablación corre a cargo de una partera y casi nunca son los padres los que la ejecutan de forma directa.

resolución”.

Por el contrario, la **SAP de Barcelona 42/2003**, de 13 de mayo de 2013, ofrece un planteamiento más acorde con la autoría en comisión por omisión en su Fundamento Jurídico Segundo, rubricado “De la calificación jurídica de los hechos”, como puede verse:

“(…) Este Tribunal Enjuiciador no alberga ningún atisbo de duda acerca de la autoría de los acusados, ya lo fueren a título de autores materiales directos, ora como autores indirectos eficaces de las lesiones mutilantes causadas a sus hijas, menores de edad, al amparo de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del Código Penal, en relación con el tipo penal aplicable al caso, esto es ,el art. 149.2º del Código Penal , o, en su caso, la autoría quedaría ínsita en el tipo penal de **omisión previsto en el art. 11 del Código Penal** ,al exponer a sus hijas al inevitable peligro de que les fuera practicada la aberrante y deleznable lesión genital.”

No obstante, la alusión a la comisión por omisión no deja de ser para el Tribunal una posibilidad incriminatoria, para cuya aplicación ha de darse una serie de requisitos, como expresamente menciona:

1º.- Producción de un resultado de lesión o peligro.

2º.- Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado.

3º.- Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito este fundamental en los delitos especiales.

4º.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado y.

5º.- Que la omisión del sujeto suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Datos, todos ellos, concurrentes

en el caso”⁴²⁶.

Se puede observar cómo la Sala apela a los requisitos ya estipulados en el Código Penal y que vienen a suponer en este caso, una especial atención al deber de los padres de proteger y tutelar a la menor, en todo caso, esperando de ellos su negación a realización del ritual de la ablación sobre la pequeña.

El Punto 5º de los señalados por el Tribunal, es, bajo mi criterio, el que determina que efectivamente el delito se ha cometido en comisión por omisión, circunstancia que viene reforzada más abajo, cuando a colación del error de prohibición, en el Fundamento Jurídico Número 4, se recalca la específica posición de garante de los padres, siendo éste el criterio de la incriminación por omisión, como puede verse:

“Ambos progenitores ostentaban una específica y consustancial posición de garantes respecto a sus hijas, menores de edad, y la autoría en base a la omisión de sus funciones viabiliza la culpabilidad penal”⁴²⁷.

Con estas alusiones a la omisión, el Tribunal parece tener claro que la incriminación ha de realizarse en comisión por omisión. Sin embargo, pese a todo, sorprende que en el Fallo no se haga referencia a la misma, culpando a los padres del delito de mutilación genital como autores directos y activos:

“Que debemos condenar y condenamos a los acusados (..) como autores, cada uno de ellos de dos delitos de mutilación genital femenina, extirpación del clítoris, precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión para cada uno de ellos, por cada uno de los delitos por el que han sido acusados y condenados”.

426 Aunque el Tribunal no lo menciona expresamente, está haciendo referencia al contenido literal del artículo 11 del Código Penal.

427 Resulta curioso a lo largo de este Fundamento Jurídico Número 4 no se vuelve a hablar más de la comisión por omisión del delito de mutilación genital femenina, siendo esta referencia la única apuntada en todo el texto de la Resolución Judicial.

2. Medios de comisión.

Los utensilios que se emplean son tan variados como lo son las personas ejecutoras del corte y las características socio-económicas de la familia.

Son utilizados, la mayor parte de las veces, cualquier objeto corto-punzante como pueden ser: tijeras, cuchillas de afeitar, trozos de cristal, piedras afiladas, latas de aluminio, navajas, hojas de bisturí o cualquier otro tipo de objeto cortante, que por lo general no cumple ninguna medida de antisepsia.

Además, cuando la operación se realiza en grupo, rara vez se cambia de instrumento entre una niña y otra, siendo este un factor favorecedor de transmisión de infecciones como VIH-SIDA, o de la hepatitis A y B (VHA y VHB) (Bayo y otros, 2003)⁴²⁸. Lo que evidentemente, a su vez, podría dar lugar a otro delito de lesiones dolosas o imprudentes.

Los instrumentos más empleados para realizar el corte son lancetas, hojas de afeitar o cuchillos. Generalmente, se utiliza el mismo utensilio para cortar a varias niñas. Posteriormente, la herida producida se cura con hierbas y otros procedimientos tradicionales.

428 Bayo, A., GONZÁLEZ, I., ROMÁN, A., RODRIGUEZ, A., GRAU, S., MARINA, S., & TARANCÓN, I., “La mutilación genital en la mujer del siglo XXI”. *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, 46(6), 2003, pp. 257-266; JIMENEZ RUIZ, I., *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, Tesis Doctoral, op. cit. p. 79.

3. El resultado.

El resultado del delito de MGF son las secuelas que el ritual deja en la salud, en la integridad física y psíquica de la mujer. Su alcance fue estudiado con detalle en el estudio del bien jurídico protegido, donde nos remitimos⁴²⁹.

4. La relación de causalidad.

La relación de causalidad está presente en todos los delitos del Código Penal, pero en los de resultado, como es el caso del delito de mutilación genital femenina (y de las lesiones en su totalidad), adquiere una mayor relevancia.

En los delitos de resultado cuando, en el momento que el legislador incorpora a la descripción del tipo la exigencia del mismo, es imprescindible la relación de causalidad entre el comportamiento típico y el resultado. La acción (u omisión) debe ser causa del resultado, y correlativamente, este efecto de aquella⁴³⁰. O, dicho de otro modo, “entre la acción realizada por el sujeto y el resultado típico, tiene que existir, sin embargo, al menos una relación de causalidad, apareciendo ésta como elemento del tipo”⁴³¹.

429 Supra. Capítulo VI, epígrafe 3.1.2.

430 Véase: GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., p. 185. Y la doctrina en general se refieren a la necesidad de la relación de causalidad en los delitos de resultado como son las lesiones. Destaca la concepción que presenta MUÑOZ CONDE, F.: op. cit, p. 258, como presupuesto mínimo en los delitos de resultado para exigir una responsabilidad por el resultado que se ha producido.

431 GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN J.: *Delito de lesiones*, op. cit., p. 197.

La relación de causalidad ha contado con una evolución doctrinal, reflejada a su vez en la jurisprudencia, de la que no quedan al margen los delitos de lesiones.

Pero no voy a caer, como señala Muñoz Conde, en el exceso de importancia que la doctrina ha dado a la relación de causalidad, máxime en un delito de resultado como es la MGF, para los que no existe ninguna duda de que es necesaria la concurrencia de la relación de causalidad para apreciar el tipo penal. No hay duda de que la causa del resultado típico en nuestro caso es la acción de mutilar.

5. Los sujetos de la MGF.

5.1. Consideraciones previas.

Para el Derecho penal, cualquier tipo penal supone la presencia de sujetos que se encuentran relacionados: el sujeto activo es quien realiza el comportamiento típico y el sujeto pasivo es en quien recae la actuación del sujeto pasivo. Hablar de sujetos es en definitiva estar haciendo mención a personas.

Pues bien, el delito de lesiones cumple con esta correlación de sujetos, y la conducta típica es definida a través de la existencia de un sujeto activo y otro pasivo como ejes sobre los que se asienta la comisión de los hechos delictivos al igual que ocurre en todo delito; esto es, como persona que lleva a cabo la acción descrita en el tipo y persona sobre la que recae dicha acción y titular del bien jurídico que se va a poner en peligro⁴³².

De la descripción del artículo 149.2, no se observa la exigencia de especialidad en la cualidad o condición de sendos sujetos, activos y pasivos. Su manera de enunciarse de forma genérica “*el que causara a otro una mutilación genital en*

432 No obstante, el binomio “sujeto activo y sujeto pasivo” no parece tan simple para algunos autores. Por ejemplo, para Mir Puig, habría que añadir al Estado, configurando los elementos subjetivos en una triple vertiente, ostentando el Estado la facultad de reaccionar con una pena. Véase, MIR PUIG, S, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015, p.197.

*cualquiera de sus manifestaciones(...)*⁴³³ nos conduce a la observación de los elementos subjetivos del delito de lesiones, en su tipo básico del artículo 147⁴³⁴.

En el delito de lesiones únicamente puede ser sujeto activo la persona física, hombre o mujer. Y sujeto pasivo y objeto material en estas figuras lo es todo ser humano con salud. En consecuencia, no lo son los seres humanos carentes de vida, ni tampoco aquellos que sólo poseen vida dependiente⁴³⁵, ya que no se puede lesionar a una persona en la cual la vida ha sido anteriormente establecida⁴³⁶.

No serán sujetos pasivos del delito de lesiones del Título III del Libro II, aquellas personas que gocen de protección especial política o administrativa en otros preceptos del Código Penal como el Rey, sus ascendientes y descendientes, la Reina consorte, consorte de la Reina, Regente, Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado, los miembros del Gobierno o parlamentarios del Estado o de las Comunidades Autónomas, miembros del Consejo

433 De la ausencia del adjetivo “femenina” a continuación de “mutilación”, ya nos hemos hecho cargo a lo largo de este capítulo.

434 A modo de recordatorio, es preciso reproducir el contenido del tipo básico tal y como lo enuncia el CP: “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”.

435 DIEZ RIPOLLÉS, *El delito de lesiones*, El mismo criterio sigue Romeo Casabona para quien el sujeto pasivo debe ser un sujeto “ya nacido”, ROMEO CASABONA, C, “Los delitos contra la integridad moral y la salud”, en Cerezo Mir y otros, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor don Ángel Torío López*, Granada 1999, pág. 926 y ss.

436 Véase GARCÍA GARCÍA-CERVIJÓN, J, *El delito de lesiones*, Madrid, op.cit, pág. 31, con un excelente análisis comparado respecto a la doctrina francesa en este tema, que sigue el mismo criterio. RASSAT, M.L, *Droit Penal Spécial. Infractions des et contre les particuliers*, Paris, 2001, pág. 279.

General del Poder Judicial, magistrados del Tribunal Constitucional, la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos o quienes le auxilién, o una fuerza armada⁴³⁷.

5.2. Los sujetos en el delito de mutilación genital femenina.

5.2.1. El sujeto activo.

La expresión “*el que causare a otro (..)*” utilizada por el CP en el artículo 149.2 para hacer referencia expresa al sujeto activo del delito de mutilación genital, cae en una suerte de simplicidad que no aporta -ni a lo lejos- la especificidad que requiere ser el autor del delito de mutilación genital circunscrita al ritual de la ablación.

A continuación, se introducen las siguientes especificaciones en relación al sujeto activo.

5.2.2. Persona encargada de llevar a cabo la MGF.

Es aquí donde cabe preguntarse: **¿quién realiza el ritual de la MGF a las niñas y mujeres? Es decir, ¿quién es la persona encargada del ritual?**

Normalmente, quienes llevan a cabo el ritual de la MGF son practicantes locales que heredan tradicionalmente esta capacidad⁴³⁸, son mujeres que suelen

437 Vid. Las referencias efectuadas en general a la especialidad de estos sujetos por DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *El delito de lesiones*, Madrid, 1997, GARCÍA GARCÍA-CERVIJÓN, J., *El delito de lesiones*, Madrid, 2003, pág. 31, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pág. 88.

438 En línea coincidente con estas características, Adam Muñoz, recoge: “La persona que realiza la mutilación suele ser una anciana, que a su vez ha heredado el oficio de su madre, una partera, una curandera, o incluso, a veces, lamentablemente las menos, el personal cualificado”, en ADAM

disfrutar de una situación especial en la sociedad tradicional y reciben un pago por sus servicios.

A pesar de estar configurado como un delito común, y por lo tanto cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de MGF, la práctica del ritual recae sobre una mujer, que, en la mayor parte de los casos, ejerce también de partera en la comunidad⁴³⁹, o bien es una anciana con gran experiencia en la intervención. Lo cierto es que no suelen disponer de formación sanitaria, ya que el aprendizaje ha sido transmitido de madres a hijas como si se tratara de una profesión⁴⁴⁰. La realización del ritual resulta ser un servicio muy valorado y muy bien remunerado económicamente.

Estas mujeres suelen ser consideradas como “*purificadoras*” o “*salindanas*”, y quedan perfectamente representadas en la magnífica película MOOLAADÉ del cineasta africano Osmane Sembébe. Las purificadoras o sacerdotisas dirigen los rituales de paso de las niñas haciendo uso y defensa de la tradición para conservar sus privilegios⁴⁴¹. Su posición social se encuentra bien asentada, constituyendo una de las dificultades más fuertes para la erradicación de la MGF desde el continente africano.

MUÑOZ, MD, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, 2003, p. 26. Y también Medicusmundi Andalucía: “la intervención generalmente es realizada por una mujer designada especialmente para esta tarea. Esta mujer que en muchas ocasiones ejerce también de partera tradicional, suele ser muy respetada en la comunidad y, con frecuencia, de edad avanzada”, en MEDICUSMUNDI ANDALUCÍA, *Mutilación genital femenina, más que un problema de salud*, Granada, 2008, p. 26.

439 *Guía para profesionales. La mutilación genital femenina en España*, UNAF, Madrid, 2012, p.20. <http://unaf.org/wp-content/uploads/2015/10/Guia-MGF-2015.pdf>

440 JIMÉNEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, tesis doctoral, 2015, p. 104.

441 Véase ALMAZÁN TOMÁS y ORTEGA SÁNCHEZ, “La mutilación genital femenina en África: Mooladé (2004), de Osmae Sembébe”, *Quaderns de cine*, núm. 7, 2011, p. 55 y ss. De manera clara y con actitudes y posturas no colonialistas ni etnocéntricas, este estudio narra, desde el punto de vista antropológico, la idoneidad y el acierto de la aparición de la película “Mooladé” creada y generada

En Somalia, por ejemplo, se llaman *Gudniin*, en Egipto, *Saya*, y en Gambia, *Ngnangsimbah*. Por realizarlo las comadronas reciben un salario con el que sobreviven, incluso mujeres importantes en las comunidades, y algunas niñas reciben el nombre de su comadrona⁴⁴².

Cuando el procedimiento forma parte de un rito iniciático se les atribuye el rol de “madre de las iniciadas” (Ngnangsimbah) a la encargada de llevarlo a cabo. La Ngnangsimbah es la responsable de supervisar y guiar espiritualmente al grupo, además de realizar la operación. Estas ancianas suelen ser mujeres muy respetadas e incluso temidas en algunas comunidades, pues se les atribuyen poderes sobrenaturales como captar la presencia de los malos espíritus, son llamadas kufanungte (cabeza grande)⁴⁴³.

En algunas zonas de África como en Mali o en Senegal las encargadas de realizar el corte son de la casta de los herreros. Lo cierto es que MGF se realiza normalmente por mujeres, es infrecuente que los hombres efectúen el rito de la ablación. Según la tradición, el ritual se realiza exclusivamente entre mujeres y constituye la manera de transferir la cultura femenina de una generación a la siguiente⁴⁴⁴.

desde África para abordar la lucha contra la mutilación genital femenina desde el paradigma social africano. Así, señala: “en Moolaadé, Sembène muestra una profunda admiración por las mujeres africanas y recoge las diferentes voces en torno a la mutilación genital femenina como una manifestación de la lucha por el poder entre distintas instancias, una de las cuales es la de las *purificadoras*, que tratan de preservar su estatuto privilegiado”.

442 *Manual de prevención de la mutilación genital femenina: buenas prácticas*, Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, Madrid, 2014, p. 40.

http://www.gobiernodecanarias.org/educacion/dts/publicaciones_ceus/pdf/manual_preencion_MGF.pdf

443 JIMENEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, tesis doctoral, 2015, op. cit., p. 79.

444 LA BARBERA, M.C, “Mujeres, migración y derecho penal”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio - legal Studies*, Volume 4, Issue 1, 2010, p. 39.

Sin embargo, en las recientes investigaciones sobre MGF aparecen datos donde es realizada por figuras masculinas, como pueden ser curanderos, barberos, brujos o chamanes e incluso médicos especializados⁴⁴⁵.

También han comenzado a darse casos en que practicantes médicos como las parteras capacitadas y las enfermeras se han hecho cargo de la MGF, una práctica que ha aumentado en algunos países durante los últimos diez años⁴⁴⁶. Así, más del 18% de las MGF son practicadas por dispensadores de atención de salud, en condiciones sanitarias precarias, en camastros o en el suelo⁴⁴⁷.

Sobre la realidad de las personas que realizan la MGF, he entendido enriquecedor traer a colación una serie de testimonios fruto del trabajo de campo desde el plano de la enfermería, como pueden verse: ⁴⁴⁸

- “Es una vieja que está en el pueblo y que es su trabajo hacerlo. Se lo hace a tu abuela, a tu madre, a tus tías. Es alguien que está afectada a la familia y que su trabajo es hacerlo. Si se muere, una de sus hijas lo sigue.

445 JIMÉNEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, tesis doctoral, 2015, op. cit, p.103.

446 UNICEF, “Hoja de datos. Mutilación/excisión femenina”, pág. 2. Recurso electrónico. Vid. <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>

447 Vid. PASTOR BRAVO, ALMANSA MARTÍNEZ, BALLESTEROS MESEGUER y PASTOR RODRÍGUEZ, “Contextualización de la mutilación genital femenina desde enfermería. Análisis videográfico”, *Revista Electrónica Trimestral de Enfermería*, en la sección “Enfermería y perspectiva de género”, número 25, 2012. El trabajo se centra en analizar una serie de documentos audiovisuales referentes al ritual que envuelve a la mutilación genital femenina. El tipo de estudio realizado es una revisión cualitativa de diez documentos videográficos encontrados en la red. Cuatro de ellos disponibles en inglés y seis en castellano o subtítulos al castellano. La recogida de información se realizó entre los meses de enero a mayo de 2011. En el material audiovisual se constata la idea anteriormente apuntada de la realización del ritual exclusivamente por mujeres.

448 JIMÉNEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, tesis doctoral, 2015, op. cit, p.103.

Fue una mujer mayor, cuando me lo hizo tenía casi 70 años creo. No hay que pagarle, pero hay que darle muchos regalos, oro, ropa... no te dice dame 50 o dame esto, pero puede sacar mucho más porque cada uno le da algo. Porque es como un miembro de la familia que está ahí, entonces no pide dinero”.

- “Es una mujer mayor, tiene cuchillo y corta, es su profesión, tú la pagas y ella lo hace”

- “Es una mujer muy importante. Tiene Don”.

- “Es una mujer mayor que lo enseñan como si fuera el médico. Si está con las mujeres es como si ella fuese médica pero no ha estudiado nada para hacerlo. Lo hacen gratis. La llaman un nombre especial que quiere decir como la jefa y todos los que no saben vienen para consultarle a ella”.

Finalmente, como señala Fusaschi, debido al abordaje de la MGF como una cuestión de salud que está presente en muchos proyectos de cooperación, la práctica ha experimentado un proceso de biomedicalización en algunos contextos geográficos, no solo africanos, como puede ser en Indonesia. Y aunque las y los escisores/circuncidados -especialmente en las áreas urbanas-, son personas con conocimientos básicos de biomedicina que reciben a veces un pequeño salario (en general insuficiente para vivir), por lo que el factor económico juega un papel muy relevante en el funcionamiento de este ritual “modernizado”. En contextos geográficos de empobrecimiento estructural, como en el Cuerno de África, su supervivencia depende de este pequeño ingreso. En este sentido, los programas de intervención centrados en “volver a formar” a las escisoras/circuncidadoras (por ejemplo, con proyectos de microcréditos) no siempre logran dotarlas de una alternativa profesional sostenible⁴⁴⁹.

449 FUSACHI, M.: “Estatus de las mujeres escisoras/circuncidadoras”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 172-173.

5.2.3. Sujeto pasivo de la mutilación genital femenina.

El sujeto pasivo de la mutilación genital femenina son las niñas que son lesionadas al realizarle la ablación, y en su caso, sobre las mujeres en edad adulta. En este sentido, el artículo 149.2 del Código Penal, se refiere asimismo a las menores con la expresión “si la víctima fuere menor de edad...”.

Aunque la edad de realización de la A/MGF varía según los grupos étnicos, localización geográfica y lugar de residencia⁴⁵⁰, normalmente se realiza sobre en niñas y adolescentes de 4 a 14 años de edad. Sin embargo, en algunos países hasta la mitad de los casos de A/MGF se realiza en recién nacidas de un año, inclusive un 44% de Eritrea y un 29% en Malí⁴⁵¹.

Se pueden encontrar cortes genitales desde niñas de pocas semanas de vida, hasta mujeres en la edad adulta o antes del matrimonio, como en Mali o Nigeria, ya que puede ser una exigencia del marido o de la futura suegra para que sea aceptada en la familia. Por lo general, se prefiere la edad entre los cuatro y ocho años, ligada normalmente a una ceremonia ritual de iniciación⁴⁵².

450 JIMENEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, Tesis Doctoral, op. cit., p. 78. También, véase: PASTOR BRAVO, ALMANSA MARTÍNEZ, BALLESTEROS MESEGUER y PASTOR RODRÍGUEZ, “Contextualización de la mutilación genital femenina desde enfermería. Análisis videográfico”, *Revista Electrónica Trimestral de Enfermería*, en la sección “Enfermería y perspectiva de género”, op. cit., p. 11.

451 UNICEF, “Hoja de datos. Mutilación/excisión femenina”, p. 2. Recurso electrónico. Vid. <http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>

452 AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “La mutilación genital femenina y los Derechos Humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación”, op. cit. p. 35.

La tendencia actual es a la realización temprana del ritual. La motivación de esta tendencia no está del todo clara y la bibliografía apunta a diferentes hipótesis⁴⁵³. Generalmente se atribuye como causa principal de este cambio a la creciente implantación de legislación prohibitiva de estas prácticas tradicionales, tanto en el ámbito jurídico de los países en los que su prevalencia es elevada como en el ámbito internacional.

Otra explicación con buena aceptación entre la bibliografía consultada, es que practicarla en edades más tempranas supone una mejor predisposición, por parte de las mujeres, para trasmitirla a generaciones posteriores, ya que el recuerdo traumático del acto no queda fijado en su mente de forma perjudicial. También contribuye el hecho de que realizarla en edades tempranas facilita la intervención, por la menor resistencia de las niñas⁴⁵⁴.

En los casos de víctimas menores la pena establecida, si el juez lo estima adecuado para el interés del menor, es la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

453 JIMENEZ RUIZ, I., *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, Tesis Doctoral, op. cit., p. 18-79.

454 AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “La mutilación genital femenina y los Derechos Humanos. Infibulación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación”, op. cit. p. 65.

Análisis del Tipo Subjetivo.

1. El tipo subjetivo en el delito de MGF. Introducción.

Como cualquier tipo delictivo de los regulados en el Código Penal, la MGF también contempla la doble vertiente: objetiva y subjetiva⁴⁵⁵. Y como ocurre en los demás tipos cualificados de lesiones, la dualidad entre el tipo objetivo y subjetivo se hace necesaria para la fundar la responsabilidad del sujeto, dolosa o imprudente.

Quiere decir que no es suficiente con la realización de la mutilación, sino que se precisa que los autores de la mutilación además de realizar la acción de mutilar cuenten con el elemento del dolo o la culpa.

Precisamente el grado de conocimiento y la voluntad de los padres, aunque sea resultado de una práctica cultural o tradicional, es fundamental en este tipo delictivo, y esta voluntad ha de tomarse en consideración para el tratar en su sede más adecuada, cual es, el tipo subjetivo.

El tipo subjetivo se refiere al contenido de la voluntad que rige la acción y se puede diversificar en dos aspectos⁴⁵⁶:

455 Sobre el tratamiento del tipo subjetivo en la Teoría del Delito, véase: MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 265, del MISMO AUTOR: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p.p. 91-116; ÁLAMO ALONSO, M.: “Notas para un tratamiento diferenciador del m al llamado *dolus generalis*”, en *Homenaje a Rrodríguez Mourullo*, Madrid, 2005; CORCOY BIDASOLO.: “El límite entre el dolo y la imprudencia”, en *RDP*, 1985; GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN.: “El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales”, en *RDPC*, 1996; de la MISMA AUTORA: *El delito de lesiones*, op. cit., pp. 208 y ss.; GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., pp. 109 y ss.; Y concretamente sobre el tipo subjetivo en las lesiones, véase: ROMEO CASABONA, C. (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord): *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit.; SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*;; op. cit., p.p 75-93.

456 Vid. GÓMEZ RIVERO, C. (Dic): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 199.

“1- Descripción de las exigencias volitivas relacionadas con la voluntariedad y finalidad de la acción, concretadas en la exigencia de que el comportamiento se realice a título de dolo o de imprudencia (artículo 10 Código Penal).

2- Exigencia de determinados estados anímicos o tendencias, que se concretan en los elementos subjetivos del injusto”.

De la lectura de estos dos aspectos, se observa que es necesario que se produzca una auténtica coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor así como del hecho típico, para hablar de un verdadero tipo doloso, con la concurrencia correspondiente de dolo.

No obstante, a pesar de la claridad con la que la teoría del delito define estos dos aspectos, con MUÑOZ CONDE entiendo que esta vertiente subjetiva es la más difícil de probar y a su vez difusa, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. Admitiendo, además, gradaciones⁴⁵⁷. Pero el autor, ya sienta las bases, con esta advertencia, de lo que será estudiado en este capítulo de manera paralela: la importancia de la distinción entre el dolo y la imprudencia. Así, entre los supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin que se pretende por el autor es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir este fin o la imprevisión de los efectos concomitantes, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí, la necesidad de introducir una clara diferenciación entre tipo de lo injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente.

El abordaje de esta distinción en el ámbito de la MGF lo estudiamos a continuación, en los siguientes epígrafes⁴⁵⁸.

457 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 265.

458 Ibidem, p. 266: Para Muñoz Conde, la distinción entre dolo e imprudencia también repercute

2. El dolo en el delito de MGF.

2.1. El concepto de dolo y sus elementos: breves referencias.

El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo⁴⁵⁹.

El dolo es la conciencia (conocimiento, saber) y la voluntad (querer) de realizar los elementos del tipo objetivo de un delito. Es decir, el sujeto no sólo sabe lo que va a hacer sino que además quiere hacerlo⁴⁶⁰.

Para MUÑOZ CONDE, el Código Penal, aunque utiliza la expresión “dolosa” en el artículo 10, más adelante emplea expresiones más coloquiales, que equivalen en la definición de algunos delitos, como “intencionadamente” (arts. 270.2, 275, 277 y 408) o “a sabiendas” (artículos 320, 322, 329 y 404), haciendo especial hincapié en los aspectos volitivos o intelectivos, sin que ello implique renunciar a ninguno de los dos⁴⁶¹.

De ahí se infiere la existencia de dos elementos esenciales de la definición de dolo: uno intelectual y otro volitivo.

en otros problemas y categorías de la Teoría del Delito. Así, por ejemplo, el nivel de exigencia para la imputación objetiva de un resultado es menor en el delito doloso que en el imprudente.

459 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p.- 267.

460 Definición acuñada por GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., p. 199. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F.,: op. cit., p. 267: “el dolo se entiende simplemente como la voluntad y la conciencia de realizar el tipo objetivo de un delito”.

461 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 267.

El elemento intelectual, implica el conocimiento por el sujeto de todos los elementos que conforman el tipo objetivo; conocimiento que se extiende tanto a la relación de causalidad, a las posibles formas de comisión y al resultado.

Por su parte, el elemento volitivo, que va más allá del conocimiento exhaustivo del tipo objetivo, e implica querer realizarlo. Una intención que va más allá de un simple deseo y que supone la aceptación de cada una de las consecuencias que se deriven de la acción.

A continuación, estudiamos brevemente las clases de dolo.

2.2. Clases de dolo.

El dolo admite graduaciones, según la base de concurrencia de los elementos antes mencionados. Puede ocurrir que el sujeto tenga pleno conocimiento y voluntad, o bien únicamente uno de ellos, la doctrina habla así de dolo directo y de dolo eventual.

El dolo directo, diferencia a su vez dos modalidades, según la intención del sujeto coincida plenamente con el resultado producido o bien éste sea medio necesario para lograr su objetivo principal. Así, se distingue ente:

- **Dolo directo de primer grado**, en este caso el sujeto pretende la realización del hecho típico que se ha propuesto con su acción.
- **Dolo directo de segundo grado**, en el que el resultado no es en sí el objetivo directo del comportamiento del sujeto, pero se lo representa como consecuencia necesaria e inevitable de la acción que realizará para alcanzar el objetivo que realmente pretende⁴⁶².

462 Vid. GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*,: op. cit., p. 202.

- Por su parte, en el **dolo eventual**⁴⁶³, el sujeto más que perseguir la producción del resultado típico lo que hace es representarlo como una posibilidad o probabilidad, actúa y admite que su realización es únicamente eventual. El sujeto admite la producción del hecho típico y lo acepta como un riesgo, aunque le es indiferente su realización.

2.3. El dolo en las lesiones y en particular en la mutilación genital femenina.

Siguiendo a GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, el Código Penal de 1995 supuso un cambio importante en el tratamiento de las lesiones al respetar el principio de culpabilidad, con una pretendida regulación más respetuosa con el principio de culpabilidad, pues la legislación anterior a 1989 se basaba en un sistema determinado por el resultado, siendo la ley de 1989 la que trae una verdadera incidencia en el tipo subjetivo del delito de lesiones, implicando la superación de dificultades en la problemática que dogmáticamente planteaba el tema del dolo. Pero antes de la reforma mencionada también hubo proyectos que incidían en el tema del dolo⁴⁶⁴.

El catálogo de lesiones en función del tipo subjetivo, podría ser el introducido por BERDUGO DE LA TORRE, distinguiendo entre tres niveles de lesiones:

463 Sobre la estrecha vinculación entre la tentativa y el dolo eventual, véase el estudio pormenorizado de GÓMEZ RIVERO, C.: "Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013, pp. 159-204.

464 Cfr. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delitos de lesiones*, op. cit., p. 207. Recoge la autora que la doctrina tras la reforma de 1989 admitía un dolo genérico de lesionar en el art. 420, en la redacción de 1989, quedarían comprendidos los resultados queridos y los que son consecuencia del azar, lo cual resulta contrario al principio de culpabilidad y no se puede olvidar que si hubiera dolo directo de causar algún resultado específico serían de aplicación los artículos 418 ó 419.

1. Lesiones graves producidas por comportamiento imprudente, independientemente de que el comportamiento falto de cuidado sea de por sí relevante penalmente (art. 156.2);
2. Lesiones dolosas con resultado grave causado con dolo eventual (art. 150.2);
3. Lesiones dolosas con resultado grave causado por dolo directo (arts. 152 y 152)⁴⁶⁵.

Lo cierto es que la legislación española requiere para el tipo básico del artículo 147 del Código Penal, el dolo. El dolo que se exige es aquel que tiende a menoscabar la salud física o mental y la integridad corporal de la víctima⁴⁶⁶, sin mayor complejidad.

En el caso concreto de la MGF, al estar inserto en el artículo 149 del Código Penal, como el resto de tipos del precepto, el dolo admitido por la doctrina es generalmente el directo y eventual⁴⁶⁷.

Aunque el dolo eventual pudiera presentar alguna duda respecto de su aplicación, lo cierto es que la mayoría de la doctrina e incluso la jurisprudencia, se

465 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.: op. cit., p. 404; citado también por GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: op. cit., p. 223.

466 Vid. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones*, op. cit., p. 208. La autora entiende que los tipos agravados son dolosos, pero es preciso matizar cada uno de ellos. Actualmente los dos criterios delimitadores para la aplicación de las agravaciones son el riesgo producido o el resultado causado, entiende que son elementos que deben abarcarse por el dolo del agente.

467 Así: MUÑOZ CONDE, F.: “Es evidente que la imputación a título de dolo de los resultados cualificantes o, simplemente, de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico para la calificación de la lesión como delito solo puede en la medida en que el tribunal sentenciador, tras la correspondiente valoración de la prueba, llegue al convencimiento de que realmente se dio el dolo, siquiera sea con la fórmula del dolo eventual”. Y en la misma línea: ROMEO CASABONA, C.M^a (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p.102 : Para el autor, el dolo tiene que abarcar los elementos del tipo y podrá ser directo o eventual.

inclina en la aplicación del dolo eventual a los casos de lesiones. Así, SILVA SÁNCHEZ señala que tanto el tipo básico de lesiones como sus diversas modalidades pueden realizarse por dolo eventual⁴⁶⁸, por lo tanto, en principio sería también extensible a la MGF.

Ahora bien, la mayoría no coincide en la determinación del dolo en cuanto a su carácter genérico o específico. Por una parte, es suficiente para el delito del artículo 149, y por lo tanto para la MGF, el dolo genérico sin necesidad de exigir un dolo específico; por otro lado, otro sector doctrinal entiende que las conductas del artículo 149 si se diferencian de las lesiones en general es en la calidad del dolo y no en la objetividad del daño; de manera que en el delito del artículo 149 se exige un dolo específico, frente al genérico vulnerandi de las demás lesiones, en las que el resultado, aunque querido y previsto, no está ordenado a un fin determinado⁴⁶⁹.

Para nuestro objeto de estudio, se observa que el legislador en el artículo 149.2 al referirse al delito de mutilación genital, no ha utilizado ninguna expresión similar a “el que de propósito”, “el que con intención”, **no podemos admitir por lo tanto un dolo específico, sino más bien al delito de mutilación genital femenina se le exige un dolo genérico.**

En todo caso, lo que no se puede admitir es que el dolo se exija solo respecto de la acción inicial de causar una lesión, bastando para imputar el resultado la conexión casual entre éste y la acción, pues este infringiría el principio de culpabilidad o trataría por el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva⁴⁷⁰.

468 Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op. cit., p. 79.

469 Más ampliamente, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: op. cit., p. 210. A este respecto señala la autora: “existen posiciones encontradas sobre la admisión del dolo genérico y específico en los tipos agravados y cualificados: la mayor parte de los penalistas se inclina por la admisión del primero y la inadmisión del segundo”.

470 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 118.

En este sentido, entiendo con ROMEO CASABONA que el dolo, en la MGF, así como en el resto de lesiones, debe abarcar los elementos del tipo no sólo la acción u omisión típica, sino la producción de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física de la menor⁴⁷¹.

Finalmente, en aquellos casos en los que la acción dolosa inicial de los padres de la menor vaya acompañada de unos resultados de lesiones más graves que el pretendido, esto es, que se produzca una mutilación de una índole mucho más dañina, la solución ideal sería aplicar la solución correcta es aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida por imprudencia⁴⁷². Si la MGF se realiza a una mujer adulta con consentimiento de ésta habría que aplicar el art. 155 Cp., imponiendo la pena inferior en uno o dos grados⁴⁷³.

2.4. El dolo en la jurisprudencia sobre MGF.

En la escasa jurisprudencia sobre MGF que contamos, nuestros tribunales de justicia no han dudado bajo ningún concepto en apreciar el dolo en los progenitores de la menor que ha sido sometida a esta práctica lesiva. La condena en concepto de autoría a los padres, en modalidad dolosa, puede verse como sigue a continuación:

471 Vid. ROMEO CASABONA, C.M^a (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial.*: op. cit. p.85.

472 Aplicado a la MGF en la lógica que recoge MUÑOZ CONDE para los delitos de lesiones en general, pues como indica el autor en los casos en los que una acción dolosa inicial de lesionar vaya acompañada de un resultado de lesiones más graves que el querido, directa o eventualmente, la solución correcta es aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida por imprudencia. Todo ello en *Derecho Penal, Parte Especial.*, op. cit., p. 102.

473 *Infra*. Capítulo VII. El Consentimiento en la mutilación genital femenina.

En la **SAP de Teruel de 15 de noviembre de 2011474**, la Sala refuerza la intencionalidad de los padres en los Fundamentos de Derecho cuando afirma:

“No ofrece duda a este Tribunal que los procesados extirparon el clítoris de la menor, bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida, **pero con su beneplácito**”⁴⁷⁵.

La Sala fundamenta el dolo de los padres en pruebas contundentes como el Informe del pediatra, que considera un elemento decisivo para determinar la voluntad de los padres de realizar la ablación a su hija menor⁴⁷⁶.

474 Recordemos que en este caso la Audiencia Provincial condena a los acusados, nacionales de Gambia, como autores de un delito de lesiones por la mutilación genital realizada a su hija. Declara que, conforme al informe pericial realizado, no existe duda que cuando se realizó el hecho controvertido la niña ya se encontraba residiendo en España con sus padres, habiéndose practicado la mutilación bien por éstos o a través de personas de identidad desconocida, pero contribuyendo aquéllos eficazmente a tal fin. Alegándose por la defensa la existencia de error de prohibición, la Sala lo desestima por lo se refiere al padre de la menor, toda vez que tenía conocimiento de la antijuricidad de la norma que sanciona la mutilación genital femenina al formar parte de la cultura de España, país en el que lleva viviendo desde hace más de diez años, teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad

475 Recogido en el Fundamento de Derecho Primero, párrafo 5º.

476 Así, expresado por la Sala, la prueba es determinante para acreditar el dolo de los padres: Y se llega a esta convicción porque las pruebas practicadas en el juicio son contundentes en este sentido: Erica fue llevada al Centro de Salud el día 7 de septiembre de 2009 por su madre Eva María donde la pediatra Dra. María Purificación le realizó una revisión somera porque la finalidad era la vacunación, razón por la que fue remitida a enfermería sin haberle llegado a hacer una exploración minuciosa. Posteriormente, en fecha 20 de noviembre de 2009, la procesada llevó a Erica al Centro de Salud para que le fuera realizada la revisión de los seis meses, siendo atendida por la mencionada pediatra, la cual, siguiendo el protocolo marcado dentro del programa "Niño sano", efectuó un examen detallado de la niña que incluía la exploración de sus genitales, y no observando la doctora nada anormal en los mismos lo hizo constar así en su informe: "Genitales externos: Normal".

Por su parte, en la **Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9a, 42/2013 de 13 de mayo**, repite el mismo esquema que la anterior sentencia, afirmando de forma rotunda la autoría de los padres de la menor, sin dudar de la intencionalidad; de la voluntad de los mismos, y por tanto del dolo, de realizar la MGF a su hija.

En este caso la prueba testifical es determinante para el Tribunal para determinar la culpabilidad de los padres a título de dolo⁴⁷⁷. Más exactamente se refiere a la constatación de los hechos a raíz del informe de la matrona⁴⁷⁸. No cabe la menor duda para la Sala de la intención de los padres de realizar la ablación a su hija.

477 Dice expresamente la Sala, en su Fundamento de Derecho Tercero: “La prueba testifical ha sido enormemente ilustrativa y esclarecedora para conformar la íntima y certera convicción de culpabilidad de ambos acusados por parte de este Tribunal”.

478 Por la entidad que la Sala otorga a la prueba testifical para acreditar y confirmar el dolo de los padres, entiendo de vital importancia reproducir aquí los términos y el contenido de su contenido en la Sentencia: “En efecto, la testigo, Sra. Mercedes ,a la sazón comadrona ,depuso en el plenario, reiterando con declarado en la fase de instrucción ,que visualizó en la exploración ginecológica efectuada a las menores que no había anomalía alguna en los órganos genitales externos de las niñas y precisó que los mismos se hallaban íntegros ,y puso de relieve la falta de colaboración de la madre ,remisa, renuente, a la práctica de la exploración, ofreciendo cierta resistencia. Puntualizó la testigo que esa exploración fue recabada por los Servicios Sociales, a modo de prevención. Dijo que las niñas acudieron acompañadas de su madre, la procesada y que llegaron a ser citadas hasta en dos ocasiones, sin comparecer. La testigo, Amparo, atestiguó que intervino, en su calidad de Auxiliar de Clínica, el día 5 de julio de 2010, en la exploración clínica de las niñas, las cuales acudieron acompañadas de su madre. Dijo que la niña a la que vio, hablaba poco, se mostraba ostensiblemente reticente a ser explorada, reacia a ello, y que costó efectuar la exploración. Por su parte, la médico ginecóloga, Sra. Isabel, en el plenario, manifestó que el día 5 de julio de 2010 practicó la exploración genital de las menores, las cuales fueron remitidas por los Servicios Sociales ante el riesgo de que pudieran acudir, viajar, a su país de origen y que les pudieran practicar una mutilación genital. Dijo la Dra. que costó colocar en la camilla a las niñas y que tras vencer su inicial oposición y resistencia, se comprobó que sus órganos genitales externos eran normales, estaban íntegros. Sin embargo, en fecha 20 de enero de 2011, se detectó la anomalía, la alteración de los dichos órganos genitales externos que aparecían mutilados, ratificándose en el informe emitido obrante en las actuaciones”.

Por último, **la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Núm. 9/2013, de 4 de abril**⁴⁷⁹, refuerza la idea del dolo en la acusada, sobre la que no existe ninguna duda para el Tribunal, siendo además determinante para probar el dolo, el testimonio del enfermero. Como puede verse, el esquema se repite respecto de las dos anteriores resoluciones judiciales⁴⁸⁰.

479 Recordemos que se trata del caso de una extirpación del clítoris causada a una menor inmigrante directamente por la acusada -su madre-, o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal. Secuela consistente en una sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal.

480 Puede leerse en el Fundamento de Derecho Primero de la citada Sentencia, respecto de la prueba testifical del enfermero: La declaración testifical del enfermero que entrevistó a los padres y estuvo en el reconocimiento pediátrico, aclaró ciertos datos, resultando que algunas de sus manifestaciones resultaron abiertamente contrarias a las declaradas por la acusada. En efecto, manifestó recordar la exploración de Rosana, una niña de 3 años, a la que se le aplicó el protocolo de niños inmigrantes sanos, detectando entonces la lesión. Recordó haber hablado con el padre, toda vez que la madre no podía expresarse ni en catalán ni en castellano, haciendo el marido de intérprete. Añadió, que cuando les informó de la lesión de la niña, se apercibió de que no hubiera ninguna reacción de especial sorpresa en los padres; apreciación que resultó corroborada cuando el padre manifestó que la ablación sufrida era un hecho cultural en África; por lo tanto, hablaron de ella con normalidad. Además, al insistir el Ministerio Fiscal en preguntar el testigo acerca de más detalles sobre este último extremo, en concreto, sobre si recordaba que la acusada manifestara que ella también había sido objeto de la misma mutilación, -tras mostrarse reacio a contestar por entender que su respuesta podía poner de manifiesto datos confidenciales efectuados por los pacientes o por quienes acompañan a una paciente menor de edad, en el estricto ámbito de una visita médica,- y ser disipadas sus dudas por el representante de la acción penal, en el sentido de hacerle saber que su declaración se encontraba legalmente protegida por cuanto se trataba de averiguar la perpetración de un delito, contestó, sin género de dudas, que efectivamente la acusada manifestó que ella también sufrió la, misma lesión como consecuencia de las costumbres imperantes en ese aspecto en las zonas rurales de su país.

3. La imprudencia.

3.1. Breves notas introductorias para su estudio en el caso de la MGF.

La pregunta que abre este epígrafe es la siguiente: ¿puede la MGF cometerse por imprudencia? ¿Es jurídicamente factible considerar de alguna manera la MGF como una lesión imprudente?

Para responder a esta pregunta, previamente habría que sentar unas mínimas notas sobre el alcance de la imprudencia. Así, es la Teoría del Delito quien se encarga de calificar la imprudencia, pudiendo ser considerada como la realización de una conducta que contraviene las exigencias del cuidado, realizada por mera negligencia o descuido, sin que exista, por tanto, intencionalidad alguna respecto a los resultados que de ella se deriven⁴⁸¹.

Siguiendo a Gómez Rivero, la realización descuidada de una acción típica puede deberse a dos circunstancias principalmente. Su estudio, bajo mi punto de vista, es fundamental para valorar si en el caso de la MGF puede existir identidad en la fenomenología de casos:

- Descuido en la valoración del peligro que encierra la acción⁴⁸².
- Negligencia en la apreciación de la concurrencia de los elementos fácticos de la conducta que determinan su tipicidad. Que se corresponde en los casos de error de tipo.

Así, la imprudencia⁴⁸³ se presenta como un elemento esencial en la valoración de la conducta, y su estudio debe realizarse en la secuencia que la analiza desde un

481 Vid. GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 215.

482 Por ejemplo: dejar por olvido en la ventana un objeto peligroso un día de viento.

483 Para un estudio detallado de la imprudencia en las lesiones, véase: PÉREZ ALONSO, E.: “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, op. cit., p. 630-631; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho*

punto de vista objetivo: la tipicidad. Por ello, al igual que el dolo, la imprudencia integra el tipo subjetivo del delito.

3.2. Sobre la posibilidad de apreciar la imprudencia en el caso de la MGF.

De antemano y atendiendo a tal descripción de la modalidad imprudente del delito y a las breves notas introducidas en el epígrafe anterior, resulta difícil imaginar que el delito de MGF pueda contar con una faceta imprudente. Más que nada porque el sujeto activo (los padres de la menor), en todo caso, realiza una serie de actos y preparativos que conducen a la materialización del ritual de forma inequívoca, con voluntad e intención de realizarlo.

De nuevo, reitero, al igual que ocurría en el dolo eventual, podría hablarse de imprudencia cuando el padre o madre de la menor, pretendiera realizar a su hija una modalidad de MGF en un grado menor al que finalmente resulta producido. Por imprudencia se realiza una mutilación de mayor gravedad, sin embargo, no es factible este supuesto imaginario en tanto que el tipo actual de MGF castiga con la misma pena todas las modalidades de MGF⁴⁸⁴.

Pero, no obstante, en el caso de que estimáramos el delito de MGF por imprudencia, cabría la estimación de la pena prevista para las lesiones imprudentes⁴⁸⁵,

Penal. Parte Especial, op. cit., p. 102; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a. (Dirc): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial.*, op. cit., p. 86-87; GONZALEZ CUSSAC, J.L (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial.*, op. cit., epígrafe 5. “Actos preparatorios e imprudencia”; ROMEO CASABONA, C.M^a: *Derecho Penal. Parte Especial.*, op. cit., epígrafe 4 del capítulo dedicado a las lesiones “Modalidades imprudentes”.

484 Véase: análisis del tipo penal. Supra: p. tipo objetivo en este capítulo

485 Sobre el castigo de las lesiones imprudentes, destaco por su importancia el estudio de MUÑOZ CONDE, en *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p, 102.: ROMEO CASABONA, C.M^a. (Coord): op. cit., en su epígrafe 4, bajo la rúbrica “Modalidades imprudentes”; GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p.: Debe destacarse la reflexión de este autor respecto de las

en el art. 152 Cp., en atención al riesgo creado y al resultado producido. El propio art. 152 modula esa pena en los siguientes apartados:

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

Por tanto, en cuadrándose la MGF en el art. 149.2 del Código Penal, la pena que en su caso habría que imponer si se llegara a producir dicha lesión por ablación imprudente sería una pena de prisión de uno a tres años.

4. Toma de postura.

Respecto **del dolo**, entiendo con la mayoría de la doctrina a lo largo de este capítulo estudiada, que en el caso de la MGF no es posible admitir la concurrencia de un dolo específico, sino más bien incardinarlo en la exigencia del dolo genérico, pues así se desprende de la propia configuración del artículo 149.2 del Código Penal.

penas, para el mismo la imprudencia en el artículo 152, con referencia específica a cada uno de los resultados previstos por los correspondientes delitos dolosos, y la adecuación de las penas a los mismos viene a resolver definitivamente la adecuación al principio de culpabilidad de la regulación jurídico-penal de las lesiones. Por otra parte, las lesiones leves no admiten la modalidad imprudente de ninguna clase, mientras que las menos grave sólo se castiga respecto de los tipos agravados por el resultado (arts. 149 y 150): no es delito respecto de las lesiones comunes del tipo básico del artículo 147.

En todo caso, en la apreciación del dolo en el delito de MGF, lo que se debe considerar es su exigencia no sólo respecto de la acción inicial de causar la lesión en la menor, sino que la imputación a título de dolo deber ser comprensiva de todo el elenco de acciones llevadas a cabo por los padres de la menor, todo ello en respeto siempre del principio de culpabilidad que no conlleve considerar bajo el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva.

En el caso de la **imprudencia**, como comenté anteriormente, es harto infrecuente o prácticamente imposible filtrar el delito de MGF por la vía de su faceta imprudente, principalmente porque los padres de la menor, en todo caso, realizan una serie de actos y preparativos que conducen a la materialización del ritual de forma inequívoca, con voluntad e intención de realizarlo, como así lo ha constatado la jurisprudencia analizada.

No obstante, podría considerarse, muy remotamente, un ápice de imprudencia cuando los padres de la menor pretendan realizar a su hija una modalidad de MGF menos grave que la que finalmente resulta materializada. Lo que a su vez es inviable con el Código Penal en la mano, pues como se ha explicado a lo largo de este trabajo, el artículo 149.2 castiga con la misma pena todas las modalidades de MGF.

CAPÍTULO VIII. EL CONSENTIMIENTO EN LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

Las ideas de merecimiento de “justicia”, como bien en sí mismo, e incluso de proporción entre culpa y castigo, se encuentran demasiado profundamente enraizadas en nuestro pensamiento ético como para descartarlas a la ligera, independientemente de cualquier esfuerzo por racionalizarlas.

Ewing, The morality of punishment, 1929, p. 45.

1. Algunas consideraciones acerca el consentimiento

Dada la relevancia que el consentimiento adquiere en el tratamiento jurídico-penal de la MGF, comenzamos con algunas referencias necesarias para su conocimiento. Esto es, se ha de proceder a determinar qué características debe poseer todo consentimiento que pretenda ser relevante en las conductas de MGF. Debemos preguntarnos, por lo tanto, por cuál es el ámbito en el que se hace efectivo y en qué medida, sobre todo porque en el art. 149. 2 del Código Penal se alude específicamente a las víctimas “menores de edad”.

Hablar de consentimiento de antemano nos predispone a entender que adquirirá potencialidad cuándo la persona disponga plenamente de su salud física y psíquica, esto es, del bien jurídico. No obstante, previamente se hacen necesarias algunas aclaraciones preliminares al estudio del consentimiento en el ámbito de la MGF.⁴⁸⁶

486 Véanse los estudios sobre el consentimiento realizados por: MUÑOZ CONDE, F., op. cit, p.p. 342-346; y del MISMO AUTOR: “Algunas cuestiones relacionadas con el paciente y el tratamiento médico”; en Homenaje a Diaz Pita, Valencia, 2008; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: El delito de lesiones, op. cit, epígrafe X, p. 1; ARMAZA GALDÓS.: “La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico”, RDPC, 1998; BONET STEVA,: La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa

Comenzando por el principio, la Real Academia de la Lengua define *consentir* como "permitir algo o condescender en que se haga", y añade: "dicho de una cosa, soportar, tolerar algo, resistirlo"⁴⁸⁷.

Cuando en el Derecho penal se habla del consentimiento del titular del bien jurídico, se hace referencia, por un lado, a los supuestos en los que dicho titular se resigna y permite que un tercero afecte al bien jurídico que le pertenece, acomodando su voluntad a la de ese tercero. Pero se emplea el mismo vocablo, *consentir*, con un sentido algo distinto al del verdadero significado del término, para designar aquellos

de exclusión del tipo del injusto), Madrid, 1999; CANCIÓ MELIÀ.: "La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima ("imputación de la víctima"), RDPC, 1998; y también del MISMO AUTOR: Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad penal de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, 1998; CORCOY BIDASOLO.: Relevancia del consentimiento. "El consentimiento y la competencia para la imputación subjetiva y objetiva", ADP, 1996; y del MISMO AUTOR: "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico", en Homenaje a Torío, Granada 1999; DE LA MATA BARRANCO.: "El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio", en Política criminal y nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin, SILVA SÁNCHEZ (edit), Barcelona, 1997; LAURENZO COPELLO.: "La relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario", en Homenaje a Díaz Pita, Valencia, 2008; LUZÓN PEÑA, D.M.: "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causa de exclusión o justificación de la tipicidad penal", RGDP, 2008, y del MISMO AUTOR: "El consentimiento en derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal", Revista General de Derecho Penal, núm. 18, 2012; PÉREZ MARÍN.: "Sobre el consentimiento del sujeto pasivo en las diligencias de investigación corporal", CPC, 2008; SEGURA GARCÍA.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Madrid, 2008; SERRANO MAÍLLO.: *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996; ZAMORA JIMÉNEZ, A.: "Bien jurídico y consentimiento en Derecho penal", en Letras Jurídicas, núm.6, 2008; CHANG KCONT, R.: "Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la constitución", en *Revista de Derecho Themis*, núm. 65, 2015; RIOS ARENALDI, J.: "El consentimiento en Derecho Penal", Política Criminal núm.1, 2006; CORREA SARMIENTO, A.: "Fundamento del Consentimiento presunto como causa de justificación en el Derecho penal", en *Prolegómenos, Derechos y valores*, núm. 20, 2007; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en derecho penal*, Madrid, 2014.

487 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Consulta virtual.

casos en los que el titular no se limita a *soportar* que otro interfiera en su bien jurídico, sino que es él quien realmente desea que esa injerencia tenga lugar.⁴⁸⁸

Se hablaría entonces de “consentimiento del interesado”, en el que es posible que el tercero tenga interés también en esa injerencia, pudiendo ser incluso quien ostente un verdadero deseo de avenirse a la voluntad del primero, el que tolere y por lo tanto consienta realizar la injerencia. Se ve, como ejemplo en el caso del homicidio a petición⁴⁸⁹.

Desde este punto de vista puramente etimológico, el empleo del término “consentir” por la doctrina penal se ha utilizado para hacer alusión a la aceptación por parte del titular del bien jurídico a que otro lo afecte⁴⁹⁰. Distinta cuestión es la relativa a la de todos aquellos supuestos en los que esta voluntad de afectar al propio bien jurídico no se da pero sí en el curso causal peligroso que conduce a dicha afectación.

Parece que por consentimiento se han entendido cosas totalmente heterogéneas⁴⁹¹, supuestos, en todo caso, bien diferenciados⁴⁹²:

488 Véase: ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en derecho penal*, Madrid, 2014, epígrafe 1, Parte 1, versión online, portal Tirant Lo Blanc.

489 ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: op. cit, epígrafe 1, p. 1; y por referencias de la misma autora, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal", en *ADPCP*, tomo II, fasc. II, 1950, pág. 326) definió como "declaración de la coincidencia (*Übereinstimmung*) de una voluntad con otra ajena".

490 Véase cómo ésta es la postura más aceptada por la mayor parte de la doctrina en CANCIO MELIÁ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*,

491 BINDING, K.: *Handbuch des Strafrechts*, edit. Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, pág. 711.

⁴⁹² Véase: ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en derecho penal*, Madrid, 2014, epígrafe 1, Parte 1, versión online, portal Tirant Lo Blanc.

- 1) Aquellos casos en los que hay deseo y voluntad de que el resultado se produzca.
- 2) Aquellos otros casos en los que el resultado no se desea, pero se soporta.
- 3) Y aquellos casos en los que el titular del bien jurídico no desea de ninguna manera que el resultado se produzca, pero si bien se expone al mismo mediante la realización de una conducta peligrosa que conlleva en sí riesgos.

Como quiera que, la complejidad del consentimiento se expone y visualiza *a priori*, conduciéndonos a su propio origen desde el que comenzó a adquirir virtualidad. En este sentido, no podemos ignorar que ya en el Derecho romano, en tiempos de Ulpiano, se reconoce al consentimiento del titular del derecho o interesado como elemento de afectación del delito afirmándose: “nulla iniuria est, quae in volentem fiat”, es decir, no existe injuria para el que ha consentido⁴⁹³, de donde se infiere el concepto de “inuria” tanto la que lo es en sentido estricto como cualquier otra lesión de los derechos de la personalidad, en las que se entiende incluidas la libertad y la vida⁴⁹⁴.

493 ULPIANO, Digesto, Libro XLVII, tit. X, 1. Ulpianus 5.

494 Cfr. RIOS ARENALDI, J.: op. cit, pp. 5 y 6; en el mismo sentido: LUZÓN PEÑA, D.M, op. cit, p. 1.: “desde el Derecho romano, donde se recoge en el Digesto (libro 47. 10.1.5) la regla de Ulpiano “nulla iniuria est, quae in volentem fiat” (no es injuria, injusto lo que se hace al que lo quiere), se ha consagrado como principio jurídico general la conocida máxima jurídica “volenti non fit injuria” : al que lo quiere no se le hace injuria, injusto”. Y en un sentido más ecléctico, destaca el estudio de las teorías de Ulpiano realizadas ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B.; op. cit. Epírafe I, p. 2, como puede verse: “Ulpiano sentenció en el Digesto: "Nulla iniuria est, quae in volentem fiat". Tradicionalmente este aforismo ha sido considerado como el más alto reconocimiento de la capacidad de disposición del individuo sobre sus propios bienes y, por extensión, sobre las sanciones que corresponderían a la lesión de los mismos. No obstante, su alcance es discutido. En efecto, unas líneas antes aclaraba Ulpiano: "Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generalitater; specialiter autem iniuria dicitur contumelia". Distinguía, por tanto, Ulpiano dos tipos de injuria: una, en sentido amplio, como aquello que no tiene que ver con lo jurídico, el equivalente a injusto, lo *non iure factum* otra en sentido estricto, como lesión del honor. A cuál de ellas se refería con su máxima "nulla iniuria est, quae in volentem fiat", ha sido objeto de controversia,

No obstante, su reconocimiento en Derecho positivo varía en cuanto a los derechos disponibles y su alcance y amplitud según las épocas y países⁴⁹⁵.

El consentimiento del sujeto pasivo es la única causa de justificación no citada expresamente del art. 20 del Código Penal⁴⁹⁶ ni en ningún otro precepto de la parte general. **Verdaderamente el Código Penal sólo lo menciona de forma expresa en el artículo 155 para negarle eficacia eximente en las lesiones y darle un efecto atenuatorio de la pena.** Sin embargo, en la parte especial, el Código Penal otorga de forma expresa o tácita eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión⁴⁹⁷. Son casos en los que el Ordenamiento jurídico otorga al titular del bien jurídico plena disponibilidad sobre el mismo. Por ejemplo, en los delitos de allanamiento de morada, de hurto, o de agresión sexual, en los que el delito se concibe y define con la oposición de la víctima. Sin embargo, no es el caso en el delito de lesiones y tampoco en el del art. 149,2 del Código Penal.

porque si bien algunos autores identificaban *iniuria* con cualquier tipo de lesión de la personalidad esto es, de acuerdo con una interpretación en sentido amplio, lo cierto es que Ulpiano elaboró su brocardo al ocuparse del supuesto de que alguien vendiera a uno de sus hijos como esclavo con su consentimiento. Si el hijo consentía en su venta, la *actio iniuriarum* sólo podía ser ejercitada por el padre. Por tanto, como lo único que lesionaba esta venta era la honra de la casa paterna, parece más lógico pensar que Ulpiano se refería a la *iniuria* como lesión del honor, esto es, en sentido estricto”.

495 LUZÓN PEÑA, D.M.: op. cit, p. 2. Para el autor una excepción es el Código Penal portugués., en su artículo 38.

496 MUÑOZ CONDE, F.: op. cit, 2015, p. 342.

497 MUÑOZ CONDE, F.: op. cit, 2015, p. 342; en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, D.M: op. cit, p. 2.

1.2. El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad o de justificación según el bien jurídico afectado.

La referencia al consentimiento en algunos tipos penales de forma expresa o tácita, conlleva su caracterización más como causa de exclusión de la tipicidad, que como causa de justificación.

El criterio para la determinación de la eficacia del consentimiento vendrá determinado por cómo se sitúa el bien jurídico frente al mismo. En este sentido, el legislador no aclara ni resuelve cuáles bienes jurídicos son disponibles y cuáles indisponibles. Será necesaria una labor de revisión de la doctrina en el intento de introducir los criterios necesarios para determinar de forma correcta los criterios sobre la disponibilidad e indisponibilidad del bien jurídico⁴⁹⁸.

Para LUZÓN PEÑA⁴⁹⁹, que adopta en lo fundamental la tesis de Günther, se muestra partidario de introducir una categoría intermedia entre las causas de exclusión del tipo y las causas de exclusión de la tipicidad. Parte de una concepción del tipo como tipo global de injusto, que está compuesto por una parte positiva (el tipo en sentido estricto), y otra negativa (la ausencia de causas de justificación), y plantea distinguir entre las causas de exclusión de aquel tipo en sentido estricto y las causas que excluyen el tipo negando la existencia de una causa de justificación. Las primeras

498 Cfr. ZAMORA JIMÉNEZ, A.: op. cit, pp. 14-16, para quien, siguiendo a ANTON ONECA, los bienes susceptibles de ser disponibles por su titular, según opinión de Antón Oneca, el consentimiento es eficaz en la mayor parte de los delitos contra la propiedad (excluyendo la usura), siendo incompatible en delitos contra el honor, la libertad (detención ilegal, allanamiento de morada, coacciones) y con algunos contrarios a la honestidad individual (violación, abusos deshonestos, etc.). En sentido similar, de acuerdo con la opinión de Bacigalupo, el ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo, reconociendo validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el patrimonio, y, en general, la libertad personal (incluyendo la libertad sexual) y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones) cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.

499 LUZÓN PEÑA, D.M.: op. cit, p. 3-4.

son las causas de atipicidad en sentido estricto, mientras que las segundas constituyen causas de atipicidad en sentido amplio⁵⁰⁰.

Siguiendo su propio esquema, establecemos la siguiente escala de eficacia del consentimiento según el bien jurídico de que se trate:

1) No eficacia en delitos contra bienes jurídicos supraindividuales.

Al tratarse de un sujeto pasivo que comprende a más de una persona afectada, esto es, la comunidad, que como tal no puede emitir un consentimiento. En caso de que el Estado permitiese sobre tales bienes comunitarios en representación de la comunidad, estaríamos ante una “autorización judicial” y no sobre la figura en sí del consentimiento.

500 Cfr: ESCUDERO GARÍA-CALDERÓN, C.: op. cit, Parte I. Capítulo 3, “La función del consentimiento en el delito: la cuestión debatida”, p. 5. La autora desarrolla, junto con las demás teorías sobre el consentimiento, de manera resumida la teoría de LUZÓN PEÑA, principalmente en cómo es finalmente categorizado el tipo penal tras la asunción de la teoría del consentimiento por él defendida. Así, siguiendo al Profesor, “entre las causas de atipicidad en sentido estricto habría que establecer una diferenciación. Por un lado existirían supuestos en los que la conducta no es ni tan siquiera jurídicamente relevante (es decir, aquellos para los que la doctrina tradicional emplea la expresión "causa de atipicidad"), que constituirían causas de exclusión del tipo indiciario (de todo injusto) o causas de atipicidad por ausencia de toda relevancia jurídica. Por otro lado, existirían casos en los que la conducta sí es jurídico-penalmente relevante y no está justificada, pero su gravedad no es la suficiente para constituir un injusto penal. En este segundo supuesto, que denomina "causas de exclusión sólo del tipo penal" operarían los supuestos de ilícitos insignificantes, de adecuación social pero no jurídica, de tolerancia social, de inexigibilidad penal general y -lo que a nosotros nos interesa- el consentimiento no totalmente válido pero penalmente relevante. Este consentimiento se daría en dos supuestos: cuando el consentimiento no es jurídicamente válido, por defecto en la voluntad, por no darse la edad requerida o por carecer el titular de capacidad de obrar o de competencia jurídica, pero constituye una manifestación de la voluntad en la que concurre una suficiente capacidad de comprensión; y, en segundo lugar, aquellos supuestos en los que el tipo se conforme con ese consentimiento de carácter fáctico, ya sea porque lo establece de manera expresa, como en los delitos sexuales, o bien porque se pueda deducir de la interpretación del tipo que ello le resulta suficiente, como sucede con el allanamiento de morada, los delitos contra la intimidad en general y las detenciones ilegales. En todos estos supuestos, el consentimiento excluiría el injusto penal, pero no el injusto extrapenal”.

2) Eficacia en la mayoría de delitos contra bienes jurídicos individuales.

En estos delitos el consentimiento de su titular suele ser eficaz como eximente en la mayoría de los casos. En unos, porque así lo dice la norma expresamente; y en otras porque así se desprende de la interpretación del tipo correspondiente y de principios jurídicos generales (eximente implícita en el tipo o supralegal, según se prefiera). En ambos supuestos, la persona es titular del bien jurídico considerado por el ordenamiento jurídico como disponible, cuya característica principal es que la persona puede renunciar a su protección (con plena validez jurídica o al menos con eficacia excluyente de la tipicidad penal de la conducta del tercero).

3) No eficacia en algunos delitos contra bienes jurídicos individuales.

El ordenamiento jurídico considera indisponibles algunos bienes jurídicos personales, invalidando la eficacia del consentimiento. No será, por lo tanto, válido el consentimiento al considerarse que prevalece jurídicamente el interés comunitario sobre la voluntad del sujeto pasivo. En unos casos, porque se trata de bienes jurídicos básicos y esenciales de la persona y además son irreparables como la vida, o reparables como la integridad física y psíquica y la salud que serían bienes jurídicos lesionados por la MGF.

No es válido para el ordenamiento jurídico la destrucción de los mismos, incluso pudiendo presumirse que de darse ese consentimiento se ha realizado bajo abusos para obtenerlo. Así, no será válido en el homicidio, así como tampoco en las lesiones constitutivas de delito, salvo en los trasplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual, como veremos más adelante.

En otros casos, se trata de bienes jurídicos individuales, en los que no obstante se aprecia como el ataque a los mismos afectará simultáneamente a intereses o bienes jurídicos supraindividuales, sobre los que el particular no puede disponer. En estos supuestos no será válido el consentimiento. Por ejemplo, en la sustracción del estado civil de un tercero, o en la sustracción de una cosa propia o sujeta a utilidad social o cultural.

1.2. El consentimiento en las lesiones.

1.2.1. El consentimiento en las lesiones en el Código Penal de 1995.

Llegados aquí, debemos analizar cuál es la función que cumple el consentimiento concretamente en el delito de lesiones, y su ubicación dentro del Código penal de 1995, a través del artículo 155 y 156. Sobre todo, en el art. 155 Cp., para los supuestos en los que una mujer mayor de edad consintiera en ser mutilada genitalmente.

El planteamiento que el Código Penal de 1995 presenta en relación al consentimiento en las lesiones no es para algún sector doctrinal objeto de completa aceptación; por cuanto se considera que no viene a zanjar el debate previo entre las dos tesis en conflicto: sobre la de reconocer o negar plenos efectos al consentimiento del lesionado sobre la relevancia penal de la lesión producida por un tercero⁵⁰¹.

1.2.2. Eficacia del consentimiento en las autolesiones y lesiones consentidas.

En este sentido, el Código Penal de 1995 reconoce plena eficacia a las autolesiones, se reconoce plena disponibilidad de la salud e integridad personal.

501 Véase: BERDUGO DE LA TORRE, I.: “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Madrid, 2001, p.p 47 y ss; del MISMO AUTOR: “El consentimiento en las lesiones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14, 1981, p.p 203 y ss, que aparece publicado como capítulo en la monografía “El delito de lesiones”, Salamanca 1982. En este sentido, BERGUGO hace referencia a las críticas al tratamiento del consentimiento en las lesiones en el nuevo Código Penal indicando como obras de referencia, en relación a las obras publicadas en el tiempo posterior a 1995 las de MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial*, 12 edic., Valencia 2000, y en VIVES-BOIS, CARBONELL, ORTS, GONZÁLEZ CUSSAC: *Derecho Penal, Parte especial*, 3ª edic., Valencia, 1999.

En el caso de las **autolesiones**, el Código Penal considera impunes los comportamientos autolesivos, siendo cada vez más estimada su impunidad por parte de la doctrina, lo que manifiesta que existe en alguna medida un derecho a disponer de la propia salud e integridad personal⁵⁰². La impunidad de las autolesiones alcanza también a la participación en las mismas, de manera que será impune quien participe en la autolesión.

1.2.3. Eficacia del Consentimiento en las lesiones consentidas constitutivas de delito.

Las lesiones constitutivas de delito consentidas dolosas o gravemente imprudentes, el Código penal de 1995 prevé una atenuación obligatoria de la pena en uno o dos grados, cuando concurre el consentimiento válida, libre y espontáneamente y expresamente emitido del ofendido⁵⁰³.

1.3. El consentimiento en las lesiones tras la reforma penal de 2015.

La reforma penal de 2015 afecta un tema de crucial importancia, como es el del consentimiento en las lesiones, y que como veremos posteriormente, incidirá en el estudio pormenorizado del consentimiento en el delito de mutilación genital.

El art. 156 del CP, queda redactado como sigue⁵⁰⁴:

502 Véase: DÍEZ RIPOLLÉZ, J.L.; op. cit. Epígrafe IX, “El consentimiento en las lesiones y el artículo 155”, p. 2. El autor cita a QUINTANO RIPOLLÉS, BUSTOS RAMÍREZ y DE TOLEDO UBIETO, como máximos exponentes dentro de la doctrina en la tesis de la estimación de la impunidad de las autolesiones.

503 GÓMEZ RIVERO, M.C.: *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 70.

504 En cursiva la parte del artículo que ha sido modificada y adicionada. El resto se mantiene inalterable.

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o *carezca absolutamente de aptitud para prestarlo*, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.”

2. Mutilación genital femenina y consentimiento.

2.1. Consideraciones previas

Situándonos, tras la introducción del consentimiento en las lesiones, en un plano de aplicación concreta al objeto de estudio que nos ocupa, resulta que la incidencia del consentimiento en la MGF es una cuestión compleja, que suscita no pocos problemas de planteamiento e interpretación. Pero no vamos a negar que para la problemática de la MGF el consentimiento obtiene el mismo y único efecto que en el caso de las lesiones, esto es: el único efecto que se le concede es el de atenuar – si procede- la responsabilidad penal del tercero interviniente, en el art. 155 del Código Penal.

Entonces para abordar el tratamiento del consentimiento en la MGF será necesario realizar una distinción fundamental, según la MGF sea practicada en niñas menores de edad o en mujeres adultas, o a personas discapacitadas a sabiendas de que la mayoría de los casos la MGF es realizada en menores de edad, esto es, en edades muy tempranas⁵⁰⁵.

No obstante, el matiz de la mayoría de edad repercutirá en la validez del consentimiento, como veremos a continuación.

505

Supra: Capítulo VII. Epígrafe 5.

2. 2. El consentimiento en la menor mutilada.

2.2.1. El derecho de las menores a ser escuchadas sobre los asuntos que les afectan con carácter general.

Decía Oscar Wilde que el testimonio de un menor se debe siempre tener en cuenta y no poner tanto en duda sus verdades⁵⁰⁶. Así, de antemano cabe preguntarnos si la niña antes de ser mutilada debería ser escuchada, tenida en cuenta, y para ello recurrimos de manera inalterable al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que estipula lo siguiente:

"1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

Este precepto es de vital importancia en la caracterización del consentimiento en la MGF -aunque como veremos, en el ámbito penal su alcance será restrictivo-, pues supone un enorme cambio en la valoración médica y legal de las capacidades de la niña, en cuanto a sus derechos y sus obligaciones se refiere.

Por lo pronto, la niña que va a ser mutilada tendrá con carácter general derecho a expresar libremente su opinión respecto de los asuntos que le afecten, en este caso,

⁵⁰⁶ Recogido en: ROMEO MALANDA, S.: "El valor jurídico prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-251, tomo 7.

sobre una práctica en su cuerpo como es la MGF, a ser oída respecto de la misma, y que su opinión se tenga en cuenta en función de la edad y madurez.

Los Estados, por su parte "garantizarán" el derecho de la niña a expresar su opinión libremente. Y como se desprende del análisis jurídico del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en relación al derecho del niño a ser escuchado⁵⁰⁷, "garantizar" es un término jurídico de especial firmeza, que no deja margen a la discreción de los Estados partes. Por consiguiente, los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.

Del mismo análisis jurídico se desprende que los términos de la expresión "que esté en condiciones de formarse un juicio propio", no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad⁵⁰⁸.

Finalmente, para cerrar este apartado sobre el derecho genérico de la niña a ser escuchada, y que por aplicación extensiva lo he relacionado directamente con el caso que nos ocupa de la niña que va a ser mutilada, es importante determinar la edad en la que se entiende que debe ser escuchada. En este sentido, el Comité de los Derechos

507 Véase: COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NACIONES UNIDAS, Convención sobre los Derechos del Niño, "Observación General Número 12", *El Derecho del niño a ser escuchado*, 2009, pp 9 y ss.

508 Ibidem, p. 9.

del Niño, no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan⁵⁰⁹.

2.2.2. La invalidez del consentimiento de la menor mutilada.

El artículo 155 del Código Penal es contundente cuando dice “no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección”⁵¹⁰. Por lo que, en una primera aproximación, no hay consentimiento válido en el caso de las menores mutiladas. Si una niña o una mujer

509 A ese respecto, el Comité subraya lo siguiente: en primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario, demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

510 A lo que añade la Reforma penal de 2015: “o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

discapacitada⁵¹¹ da su consentimiento a la mutilación genital femenina se entenderá que éste no tiene eficacia, que prácticamente no se ha dado, no ha existido.

Por las edades en las que es practicada la MGF, normalmente bebés, o incluso en estadios de la infancia más avanzada, es evidente que son los padres quienes, en posición de garante, entregan a sus hijas para ser mutiladas a través del ritual ancestral de la MGF.

Lo que opine la menor o la persona discapacitada a la hora de “consentir”– si es que se produce una opinión– no es tenido en cuenta, ni mucho menos posee con capacidad para detener la MGF. Normalmente las escenas de la ablación suelen quedar marcadas como secuencias de terror en la memoria de las niñas, pero puede ocurrir que una vez la menor llega a la edad adulta, convencida de la legitimación cultural de la práctica –cosa que es muy frecuente-⁵¹², convalide el consentimiento. En este caso, no se debe entender desplegados los efectos del consentimiento⁵¹³.

La ulterior negación del daño nos lleva más a concebir esta cuestión como un asunto de antijuridicidad, que se localiza en la diferente concepción del bien jurídico⁵¹⁴, pero no nos aporta nada en el plano del consentimiento, la pena seguiría siendo la misma, y no cabría de ninguna manera un tipo de atenuación.

⁵¹¹ Establece el artículo 25 del Código Penal, en relación a las personas discapacitadas, lo siguiente: “A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

512 Normalmente las mujeres mutiladas son las que también mutilan a sus hijas, por lo que de cierta manera están confirmando como válida la ablación.

513 De igual opinión: HERRERA MORENO, M.: op. cit., p. 70.

514 Véase: HERRERA MORENO, M.: op. cit. p. 71. En este sentido, la autora señala que la

¿Puede la menor alegar su propia voluntad como fundamento para la realización de la MGF?

Al margen de las consideraciones jurídico-penales, pues como hemos visto, el consentimiento en la menor es inválido, si la menor expresa claramente, en el ejercicio de su libertad personal, de conciencia y religiosa, que desea ser sometida a la mutilación genital, la cuestión se complica⁵¹⁵.

Observamos en un primer momento que la hipótesis de que la niña disponga a través de una decisión benévola con la mutilación, de su propio cuerpo, viene a chocar con los derechos constitucionales⁵¹⁶ que protegen a las menores frente a la práctica de la MGF, como los que indican el art. 10.1, relativo a la dignidad de la persona, el art. 39 que tiene que ver con la protección del interés prevalente del menor, pero sobre todo, el Derecho a la integridad física y moral de la menor, garantizado en el artículo 15 de la CE, que a su vez prohíbe tratos inhumanos y degradantes.

Cabría, para finalizar, establecer, por agotar todas las posibilidades, el paralelismo que se encuentra en las intersecciones entre el reconocimiento del derecho

protección de la salud e integridad de las personas se erige en categoría supernormativa, que es aquilatada en modo muy diferente en una y otra orilla de la sociedad multicultural. Así, establece un cuadro comparativo entre la noción de salud en la cultura occidental y en la sociedad donde se practica la mutilación genital femenina. En el primer caso los tribunales han valorado la salud como ausencia de enfermedad, incolumidad, y en términos más complejos, como estado de bienestar bio-psico-social; mientras en las culturas donde se practica la mutilación, señala la autora que el bienestar y la salud no constituyen estados sino situaciones personales: se conciben en términos relacionales, de interacción y armonía con el entorno social, sin integrar categorías físicas. Véase, también citado por la autora, sobre los diferentes modos de concebirse las complejas relaciones individuo-salud-enfermedad, el estudio de LAÍN ENTRALGO, P.: “Salud y perfección del hombre”, en *Ser y conducta del hombre*, Espasa Calpe, Madrid, 1996, pp. 167-185.

515 VALERO, A., y FLORES, F.: “La respuesta del Derecho ante las mutilaciones genitales femeninas: una primera aproximación desde el Derecho Constitucional”, p. 57.

516 Ver la dimensión constitucional de la MGF. Supra, Capítulo VI. El bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital femenina.

de conciencia y libertad religiosa. Exponen autores como Valero y Flores, que 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 de la menor y en su interés prevalente, pues “la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos constitucionales de las menores a las que se le practica, 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 un sustrato ineludible de los demás derechos fundamentales”⁵¹⁷.

La solución vendría dada con base en la dignidad del menor y en su interés prevalente. Así, según la STC 154/2002, para la que el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales, la de ser definitivo, y en consecuencia, irreparable⁵¹⁸.

517 Citado por CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2”, op. cit., p. 855.

518 Establece el Tribunal Constitucional en la referida sentencia que “es cierto que el Ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas de la menor de edad... También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar para testificar, para ser oído a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos... Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto -como el ahora contemplado- que, por afectar en

2.3. El consentimiento en la mujer adulta mutilada.

Considerando el encuadre que el Código Penal otorga a la mutilación genital femenina dentro del delito de lesiones, en aplicación directa de la solución que ofrece para el consentimiento en el mismo⁵¹⁹ parece claro que para la MGF por vía del artículo 155, **el consentimiento de la mujer mutilada si es válida, libre, espontánea y expresamente emitido, dará lugar a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados.**

De acuerdo con esta regla, **el consentimiento de la mujer adulta mutilada solo atenuaría la pena**, pero en ningún caso llegaría a excluir la relevancia penal de la lesión del bien jurídico, y con ello, la tipificación de la conducta.

A la mujer mutilada se le niega de esta manera la capacidad para disponer de su salud e integridad corporal⁵²⁰, y con ello el legislador ha querido establecer una clara diferenciación respecto de los casos recogidos en el artículo 156 del Código Penal, referidos a la cirugía transexual (cambio de sexo) y esterilización o trasplante de órganos en los que cuando media consentimiento válida y libremente expresado de la persona intervenida (aquí no es muy lógico hablar de “ofendido”) éste funciona a modo de justificación, eximiendo de toda responsabilidad penal.

Asistimos por lo tanto a una evidente **limitación de la relevancia del consentimiento en nuestro Código penal**, que sólo puede funcionar como eximente de la responsabilidad penal en los tres supuestos tasados del artículo 156, pero que sin embargo queda al margen de recoger, ni por asomo, un efecto parecido para el caso de la MGF.

sentido negativo a la vida, tiene como notas esenciales, la de ser definitivo, y en consecuencia, irreparable”.

519 Véase: supra, en este Capítulo VII, epígrafe 1.2 “El consentimiento en las lesiones”.

520 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, op. cit., 2016, p. 105.

Parece claro que el legislador ha entrado en un círculo vicioso limitando la relevancia del consentimiento a la naturaleza de la lesión producida, y valorando qué lesiones son susceptibles de producir la completa exención de la pena, o bien únicamente una atenuación. En atención a estas lógicas, será penalmente aceptado el consentimiento en los casos de cirugía transexual o esterilización, pero no en el caso de la mutilación genital femenina.

Y todo apunta a aceptar que esta cuestión de otorgar relevancia a unos casos sí y a otros dos, sólo podrá resolverse por la vía de la valoración moral no del todo compatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el artículo 10 de la Constitución⁵²¹.

En este sentido, asaltan las dudas cuando ante la invalidación del consentimiento de una mujer adulta que por razones de distinta índole consiente ser mutilada, y ante lo que puede parecer una defensa a ultranza de la impunidad de la mutilación, se plantea la siguiente pregunta: ¿qué otra cosa sino el consentimiento puede justificar una operación de cirugía estética consistente en reducir o aumentar pechos, recortar la nariz, eliminar arrugas o extraer toda una dentadura natural aunque sea fea, para sustituirla por unos dientes de porcelana o una dentadura postiza?⁵²² Dejamos la pregunta abierta, que será desarrollada más adelante, en el siguiente epígrafe.

Claro que esto nos sitúa en la consideración de la MGF como un **crimen o delito**, a diferencia de las otras lesiones sobre el cuerpo de la mujer que son consideradas como simples “**intervenciones**”. Es decir, nuestras sociedades occidentales y por lo tanto nuestros legisladores, vinculan el imaginario del crimen con la mujer negra mutilada; mientras en las otras mujeres de piel blanca y con posibilidad económica para modificar sus órganos genitales en un quirófano, los

521 MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, parte especial*, op. cit, 2015, p. 106.

522 Véase: MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit, 2015, p. 105.

términos empleados quedan al margen de la prohibición, de la tipificación penal, del crimen y de lo no permitido por el Estado⁵²³.

Ante esta tesitura, la mujer africana al amparo de nuestro ordenamiento jurídico, no puede disponer de su propio cuerpo. Y esto se debe a que no cabe más que aceptar que la ausencia en nuestra ley fundamental de un pronunciamiento sobre la disponibilidad de la salud e integridad personales, de modo que de ella sólo cabe deducir la no ilegitimidad constitucional de su ejercicio, quedando deferida la determinación de su ámbito de eficacia a la legislación ordinaria, como en efecto se ha hecho a través del art. 155 del Código Penal⁵²⁴.

La indisponibilidad del propio cuerpo por la mujer africana se muestra ante mí como una solución indisoluble de nuestro ordenamiento jurídico, que no es precisamente compartida por algunos autores cercanos a nuestro entorno para el caso concreto de la MGF, ni tampoco por otros del nuestro para el caso de los delitos de lesiones, que si bien no acaban de dotar al consentimiento de relevancia total sí le atribuyen cierta relevancia parcial apoyada en nuestro texto constitucional.

Comenzando por estos segundos, partidarios de otorgar relevancia parcial al consentimiento como Romeo Casabona, la disponibilidad sobre la propia salud e integridad personales puede contribuir al desarrollo de la personal, pero las intervenciones de terceros consentidas serán lícitas siempre que, al tratarse de lesiones socialmente reconocidas o carentes de dañosidad social, garanticen el respeto propio de un Estado social y la prohíban de tratos inhumanos o degradantes⁵²⁵.

Para los autores cercanos a nuestro entorno como Fachi, presenta bastantes dudas el castigo o prohibición de la MGF en aquellos supuestos en los que se otorga el libre consentimiento por parte de una mujer adulta para realizar la intervención. Así,

523 Se desarrolla este punto más adelante, en el epígrafe 2.4.3.

524 En el mismo sentido, para el delito de lesiones véase: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *El delito de lesiones*, op. cit, p. 25, versión online.

525 Cfr.: ROMEO CASABONA, en op. cit., p. 41.

recuerda aquellos casos de la ley federal estadounidense y también canadiense que consideran punibles únicamente aquellas MGF que son practicadas sobre niñas menores de edad:

“Parece difícil vetar una intervención con un significado cultural tan arraigado como las mutilaciones genitales a una mujer que lo solicite como expresión de la propia voluntad y libertad de elección. En este sentido una ley federal estadounidense, y también una canadiense, consideran punibles las MGF sólo si se ejercen sobre menores. La referencia a una mujer adulta ciertamente no acaba con los problemas: las preferencias expresas del propio individuo son el producto de estratificaciones culturales, de coacciones indirectas, de ignorancia de las alternativas. Incluso en las sociedades occidentales existen casos de intervenciones sobre el propio cuerpo, como el percing, los tatuajes, las operaciones de estética, que puede ser aún más peligrosos, pero que nadie considera necesario prohibir”⁵²⁶.

La interpretación de Fachi, basada en el respeto absoluto a la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo, sin embargo, presenta problemas de interpretación⁵²⁷ que la misma autora reconoce cuando apunta que la experiencia en el caso de la MGF muestra que ante la posibilidad efectiva de elegir y con la conciencia de que esta intervención no está prescrita ni por la religión ni tiene las consecuencias positivas que le son atribuidas por la tradición, la mayor parte en las propias hijas. La autora resalta, aunque de manera imprecisa, el deseo de algunas mujeres somalíes y nigerianas de ser sometidas a la MGF por deseo propio, contra el parecer de sus padres y han declarado estar contentas.

526 Véase: FACHI, A.: “El diseño de las leyes sobre MGF...”, op .cit., p. 856.

527 En este sentido, CÁMARA ARROYO, S. conecta también este problema de interpretación con el muro de la libertad religiosa o ideológica, en “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2” op. cit., p. 94.

Estoy pensando en las mujeres adultas pertenecientes a determinadas etnias (a las que he llegado a saber gracias a mi investigación en el plano de la antropología), que deciden someterse al ritual de la MGF como una manera de empoderarse frente a las imposiciones de la colonización.

La antropología y la historia nos muestran por ejemplo en Kenia la rebelión del Mau Mau en la que las jóvenes de la región contra la colonización británica deciden realizar la mutilación genital femenina a sus cuerpos como una representación del poder femenino de su región, otorgando un claro consentimiento a esta práctica. Concretamente, Lyn M. Thomas se remonta a este suceso histórico en la región keniana en los años cincuenta para cuestionarse las representaciones femeninas típicas sobre la MGF⁵²⁸.

“Como parte de una estrategia para resultar modernos y en claro contraste con las representaciones coloniales de la guerrilla Mau Mau como “primitiva”, el Consejo Local de Ancianos decidió que la mutilación genital femenina fuera ilegal. Las jóvenes de la región, percibiendo la mutilación como el único camino hacia la feminidad y el matrimonio, aún haciendo expreso su apoyo a la guerrilla, reaccionaron muy en contra de dicha medida. Así, desafiando claramente la autoridad de sus ancianos, comenzaron campañas masivas de circuncisión entre ellas mismas (auto-escisión). Un punto esencial en este relato es que esas jóvenes se veían a sí mismas como activistas politizadas, si bien, estaban tomando decisiones sobre sus cuerpos muy distintos de los que el análisis feminista colonial pudiera llegar a predecir”⁵²⁹.

528 Véase: LYNN M. THOMAS.: “Ngaitana (I will circumcise myself): The Gender and Generational Politics of The 1956 Ban on Clitoridectomy in Meru Kenya”, *Gender and History*, 8, núm. 3, 1996, pp. 338-363.

529 Texto citado por IRIS BERGER, en 2003, traducido por VIEITEZ CERDEÑO, S., y expuesto en su intervención en las Segundas Jornadas sobre Mutilación Genital femeninas, celebradas en febrero de 2015 en la Fundación Euroárabe, Granada, cuyo debate en mesa redonda tuve el honor de coordinar. La profesora Veitez trajo a colación toda la complejidad de la mutilación genital femenina en este suceso histórico, como precedente de la defensa de la misma como una seña de identidad.

El caso de Kenia unido al caso de las mujeres somalíes a las que hace mención Fachi en su estudio antes mencionado, sólo puede adelantarnos que aunque en la minoría de los casos, sí existen mujeres adultas que consienten en la realización del ritual de la ablación sobre sus cuerpos, que los reclaman y que los defienden. ¿Se puede decir en este caso que la voluntad individual de una mujer adulta esté viciada y coartada por las reglas comunitarias? ¿No es más correcto respetar la elección autónoma de pertenecer y de estar integrada en la comunidad que le demanda someterse a la escisión?⁵³⁰

A partir de la contraposición de estas dos preguntas que acabo de recoger, no deberá extrañar que me incline en un primer momento junto a los partidarios de otorgar relevancia al consentimiento en el caso de mujeres adultas al considerar que su presencia debiera impedir impide la configuración del injusto específico de lesiones (y concretamente de la MGF), careciendo por tanto de tipicidad el comportamiento, si se aboga por garantizar la libertad de las mujeres para tomar una decisión sobre su propio

Concretamente, en SILVA CUESTA, A.: “La indiferencia mutila”, *SecretOLivo*, febrero de 2016, hago referencia a este extremo: “Vieitez recurrió a los estudios de la antropóloga Adriana Kaplan en los que se recoge como propuesta para la erradicación de la ablación la continuación del ritual de la misma, sin llegar al corte de los órganos genitales femeninos. Pero lo que verdaderamente resultó conmovedor e interesante es su particular manera de centrar el problema en el contexto más adecuado. Para la antropóloga, la ablación debe tratarse en el contexto cultural africano con sus propios parámetros culturales. Acudió a la reacción de algunas tribus de mujeres africanas, como las Kikuyu (naturales de Kenia), para explicar cómo la mutilación genital femenina puede convertirse en una reacción cultural hacia el empoderamiento de la mujer. Un panorama que explica la complejidad del problema y la necesidad de llevar a cabo acciones locales, donde los agentes que intervengan conozcan de manera nítida cómo y dónde se produce esta práctica, y sean capaces de hacer llegar a las mujeres mensajes en su idioma y desde su manera de entender los hechos culturales. Véase: <http://www.secretolivo.com/index.php/2015/02/06/laindiferenciamutila/>

530 Vid.: FACHI, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, op. cit, p. 94; estas preguntas son formuladas por la autora enfrentando así la complejidad a la que es sometida la cuestión de la disponibilidad del cuerpo femenino por su titular. El asombro de la alarma social a menudo encuentra su justificación en las reglas comunitarias aceptadas por la mayoría.

cuerpo y su propia vida, ya sean conforme a las normas comunitarias o bien conforme a otras normas en las que encuentren motivación.

A tenor de este planteamiento, entiendo que una intervención coercitiva del calado de la prohibición de la MGF, no puede fundarse únicamente en una interpretación oficial de lo que es el “bien” para la mujer sin tenerla en cuenta. La independencia de la mujer debe presumirse rompiendo así el ámbito de las estructuras sociales y económicas. Por tanto la mujer debe elegir libremente, siempre que se cumplan las garantías médicas precisas sin que esto suponga de ningún modo y de forma indirecta, la legitimación por el Estado de la MGF⁵³¹.

La búsqueda de una solución para la relevancia penal del consentimiento en el caso de la MGF, se encuentra con la presencia infranqueable del art. 155 que considera, como si de un argumento definitivo se tratara, que en ningún delito en el que el consentimiento esté privado de eficacia general se puede pretender considerarlo como excluyente del injusto específico.

531 En el mismo sentido: FACHI, A.: “El diseño de las leyes sobre mutilación genital femenina...”, op. cit, p. 95. La autora concretamente postula la mutilación genital femenina como una elección libre, pero no practicable en estructuras públicas, añade además a este planteamiento que incluso para las mujeres adultas la asistencia médica como se da en algunos países africanos, no le parece una elección oportuna, puesto que, aunque tiene la ventaja de minimizar los riesgos de infecciones y de hemorragias y de garantizar una intervención controlada y, por tanto, uniforme, tiene la desventaja de procurar, si bien indirectamente, una legitimación oficial de las mutilaciones genitales. En sentido contrario, CÁMARA ARROYO, S., en “La legislación y jurisprudencia penal...”, op. cit., p. 856, opina que el respeto por la libertad de elección no debe quedar en ningún caso garantizado por el Estado, puesto que todo intento de gestionar una adecuada praxis de la MGF en estos supuestos llevaría a una aceptación y legitimación de la ablación. Esta situación, para el autor, llevaría a la resignación frente a una práctica casera o clandestina 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 (relevancia por lo tanto relativa del consentimiento), tesis que es seguida por DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, en *Los Delitos de Lesiones*, op.cit, pp. 130 y 131: como puede recogerse de forma literal: “la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral, constituyendo un límite a su ejercicio”.

A ello se le añade que algunas normativas europeas impelen a los estados miembros a no considerar como relevante el consentimiento y castigar la MGF en los casos en los que la voluntad sea expresada de forma clara por una mujer adulta⁵³². Concretamente el artículo 11 de la Resolución de 26 de febrero de 2011, del Parlamento europeo, recoge claramente la MGF como un hecho delictivo con independencia de que se haya producido o no el consentimiento por parte de la mujer afectada⁵³³.

Sin embargo, bajo mi punto de vista, la solución para la MGF, al igual que para el resto de lesiones, vendría dada por la asunción de que el consentimiento válidamente otorgado, puede y debe, pues, no sólo atenuar, sino eximir de pena en el delito de lesiones siempre que la acción que la produjo dentro de los límites que el consentimiento señaló. Habrá que atender, por tanto, en primer lugar, al alcance y contenido del consentimiento. No es pues que el consentimiento exima o no de pena, sino que más bien, para comprobar en principio cualquier exención de responsabilidad penal en el delito de lesiones, bien sea por falta de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, hay que comenzar normalmente por si hubo o no consentimiento y si éste fue válidamente prestado⁵³⁴.

532 CÁMARA ARROYO, S.: La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2”, op. cit, p. 856.

533 En el mismo sentido se manifiesta la Resolución del Parlamento Europeo de 2009 sobre mutilaciones genitales femeninas.

534 Cfr.: MUÑOZ CONDE, F.: op. cit, 2015. Para el autor, hay que interpretar el artículo 155 del Código Penal en el sentido de que el único consentimiento que no puede eximir ni atenuar la pena en el delito de lesiones es el viciado, es decir, aquel que por inmadurez de la persona que consiente (menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección a que se refiere el párrafo segundo del art. 155), por falta de información o consentimiento ilícito de su voluntad no puede tener relevancia. Éste será el caso cuando el sujeto no tenga conciencia exacta del alcance de su consentimiento o porque abusa de una situación económica angustiosa para , por ejemplo, a cambio de una sustanciosa cantidad de dinero, conseguir la donación de un riñón.

2.4. El consentimiento en la jurisprudencia sobre MGF.

El hecho de que la mayoría de las mutilaciones se produzcan en niñas, ofrece una explicación de por qué la jurisprudencia ni siquiera menciona el asunto del consentimiento en su fundamentación jurídica.

1.- En la **SAP de Teruel de 15 de noviembre de 2011**, no hay pronunciamiento alguno sobre el consentimiento.

2.- En la **STS de 31 de octubre de 2012**, igualmente no hay mención alguna al consentimiento.

3.- En la **SAP de Barcelona de 13 de mayo de 2013**, nada se dice sobre el consentimiento, sí sobre la posición de garante de los padres:

“Ambos progenitores ostentaban una específica y consustancial posición de garantes respecto a sus hijas, menores de edad, y la autoría en base a la omisión de sus funciones viabiliza la culpabilidad penal”.

4.- En la **SAN de 4 de abril de 2013**, respecto del consentimiento se dice lo siguiente:

- En hechos probados:

”La citada lesión fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal”.

- En Fundamento de Derecho Primero:

“Mientras vivió en Senegal, trabajaba en el campo, por lo que cuando Rosana , -respecto de la que tampoco supo decir en qué año nació,- dejó de tomar pecho, aproximadamente al año de edad, la llevó a la aldea donde vivía su madre, esto es, la abuela materna de la menor, lo que le permitió continuar trabajando en el campo, ignorando si ella o alguien **con su**

previo consentimiento, pudo haberle practicado la extirpación genital. Por último, reiteró haber tenido conocimiento de la lesión.

- Fundamento de Derecho Segundo:

“Se entra en los dos últimos aspectos de la cuestión. Esto es, tras deducir del plenario que la acusada no sabía que o bien su actuación o bien la realizada por otra persona con su consentimiento, era contraria al orden penal español, no cabe la menor duda de que la respuesta del ordenamiento penal no puede ser la misma a quien, a sabiendas, infringe una norma penal”.

2.5. El consentimiento en “las otras” mutilaciones genitales femeninas.

2.5.1. El punto de partida. Intervenciones rituales vs intervenciones estéticas.

Como vimos en el estudio de la conducta típica, existen otras mutilaciones genitales femeninas, propias de las nuevas tendencias estéticas⁵³⁵, que si bien, quedan al margen de la definición del ritual de la MGF en los términos que hemos expuesto a lo largo de este trabajo, requieren de un análisis en paralelo por cuanto el punto de partida es el mismo que para el caso de la mujer adulta que consiente ser mutilada. La diferencia radicará en el color de la piel, en la manera de realizar la modificación en los órganos genitales pero el resultado será el mismo para la salud: la alteración de los órganos genitales, en unos casos por razones culturales y en otros por seguir tendencias estéticas actuales. A ellas se une la incorporación por la OMS dentro de la

535 Supra, véase epígrafe relativo a las mimas en Capítulo VII. El delito del artículo 149.2 del Código Penal.

tipología IV de otras prácticas al margen de la MGF, que acaban siendo también unas auténticas mutilaciones⁵³⁶.

Con este apartado pretendo poner en tela de juicio la idea de que la mujer que se somete a una intervención quirúrgica de la mano de un cirujano plástico goza de una libertad y autonomía que no es en ningún momento cuestionada por nuestra “libre” sociedad, mientras que la mujer que se expone mediante su consentimiento a la práctica del ritual de la ablación bajo el amparo de las cuchillas del ritual es considerada salvaje, víctima de la tradición cultural y del patriarcado. En el primer caso, nuestro ordenamiento jurídico despliega, como veremos, la posibilidad de que el consentimiento sea válido para someter el cuerpo de la mujer a una intervención quirúrgica, mediante la figura del consentimiento informado. En el segundo caso, quedará el consentimiento, como vimos en el apartado anterior, invalidado, y la conducta de la MGF será entendida como un crimen. Por lo tanto, cabe preguntarse, ¿acaso los criterios de interpretación en este caso considerando a unas como estéticas y aceptadas y a otras como bárbaras y criminales no está motivado por connotaciones etnocéntricas y coloniales?⁵³⁷

Finalmente, analizaré como propuesta el examen de forma conjunta que tiene para la salud de la mujer, tanto en un caso como en otro, las intervenciones estéticas y rituales; bajo la convicción de que el criterio estrictamente médico invisibiliza a unas y condena a las otras, como más adelante veremos.

Para el desarrollo de este punto, he adoptado la perspectiva presentada por LA BARBERA, M.C así como ORTEGA SÁNCHEZ, I.. Ambas realizan un análisis comparativo y transcultural entre diferentes formas institucionalizadas de mutilación genital femenina situando dentro de estas formas tanto las intervenciones rituales

536 Véase: definición de MGF por la OMS para 2016.

537 Cfr.: LA BARBERA, M.C, en: LA BARBERA, CM.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y tradiciones populares*, Vol LXV, nº 2, julio-diciembre 2010. Así como ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013.

(ablación, escisión, infibulación y diversas prácticas de sociedades lejanas) así como las nuevas mutilaciones (clitoridectomías pediátricas por asignación de sexos y la nueva cirugía estética vaginal). Del mismo modo, se ha seguido el estudio socio-jurídico realizado por MOORE⁵³⁸ para llevar a cabo un análisis en profundidad del marco teórico y político sobre el que se sustentan las intervenciones sobre el cuerpo femenino sean estéticas o rituales.

2.5.2. ¿A qué otras mutilaciones nos referimos?

Parece contradictorio, como señala LA BARBERA, que mientras en África las organizaciones humanitarias promocionan con frecuencia campañas en contra de las mutilaciones genitales femeninas, en Europa y en EEUU aumenta constantemente el número de intervenciones quirúrgicas realizadas para modificar los órganos sexuales femeninos⁵³⁹.

Por lo tanto, es el momento de plantear la siguiente pregunta ¿a qué otras mutilaciones nos estamos refiriendo? Debemos responder con una primera cita de carácter cuantitativo que nos alarma a priori de la tendencia a realizar modificaciones sobre los órganos genitales femeninos. Así, de acuerdo con el Informe de 2009 de la Asociación Americana de Cirujanos Plásticos, se gastan anualmente diez millardos de dólares en intervenciones estéticas⁵⁴⁰.

538 Moore, S. (ed.). 2005. *Law and Anthropology*. Oxford: Blackwell.

539 Véase: LA BARBERA, M.C.: “Inmigración, hipertrofia del Derecho Penal y fronteras simbólicas. Un análisis comparado de la legislación europea sobre mutilación genital femenina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2011, pp.3-4.

540 Véase: “2010 Report of the 2009 Statistics National Clearinghouse of Plastic Surgery Statistics”, consulta online <https://d2wirczt3b6wj.m.cloudfront.net/News/Statistics/2015/cosmetic-procedure-trends-2015.pdf>

Nos estamos refiriendo concretamente a las intervenciones estéticas sobre los genitales femeninos o lo que es lo mismo, a las mutilaciones genitales femeninas aceptadas⁵⁴¹. Por razones estrictamente estéticas van en aumento la realización de operaciones quirúrgicas de los genitales femeninos, incluyendo operaciones para reparar el himen, la vaginoplastia (estrechamiento vaginal) y la ninfectomía o la labioplastia (reducción del tamaño de los labios menores)⁵⁴².

En España la cirugía genital, aun cuando solo representa el 1,5%, es la que más crece, según la Sociedad Española de Cirugía Plástica Reparadora y Estética (Secpre). Los tres retoques más demandados modifican la forma y el tamaño. **Se lleva reducir los labios menores y remodelar los mayores** (ya sea para eliminar o aumentar el tejido adiposo y la piel). La tercera operación más popular es la liposucción del monte de Venus; es decir, de la almohadilla adiposa, que con los años pierde firmeza y gana grasa. Sí, esta área también engorda⁵⁴³.

Aunque ya se vio en el estudio de la conducta típica, conviene recordar que la primera de ellas, la vaginoplastia, consiste en modificar el diámetro de la vagina, ya sea para ensancharla o estrecharla. Por su parte, la labioplastia reductora consiste en la resección de parte de los labios menores cuando se considera su tamaño “anormal”, “asimétrico”, o “colgante”⁵⁴⁴.

541 Así las denomina ORTEGA SÁNCHEZ, I., en *Esculpir el género*, op. cit, p. 129.

542 Como exponente de esta cirugía aparece a nivel mundial el Dr. Matlock, conocido por realizar operaciones de rejuvenecimiento vaginal, vaginoplastia, aumento del G-spot y levantamiento de Glúteos en el Laser Vagina Rejuvenation Institute of Los Ángeles. Véase: <http://www.drmatlock.com/gallery.htm>

543 Véase: “El boom de la cirugía genital femenina”, Diario *El País*, 31 de enero de 2016. <http://smoda.elpais.com/belleza/el-boom-de-la-cirurgia-genital-femenina/>

544 Sobre este tipo de cirugía estética destaca el estudio realizado por ORTEGA SÁNCHEZ, I, así como LA BARBERA, autoras antes reseñadas.

Junto a ellas, la mutilación genital femenina por reasignación de sexo, que es la que se produce en aquellos casos en los que nace una persona cuya anatomía sexual no puede identificarse de manera clara con una de las dos categorías del sistema binario que como categorías básicas establece la sociedad occidental⁵⁴⁵.

Y todas las de la categoría del tipo IV de la OMS⁵⁴⁶ que no son estrictamente coincidentes con el ritual ancestral de la ablación, cuya adaptación y desglose ha sido presentado por la antropóloga Adriana Kaplan puede verse como sigue:

TIPO IV: Incluye diversas prácticas, de severidad variable, sobre el área genital y sin finalidad terapéutica (piercing, dry sex, stretching, scraping, cauterización del clítoris, etc)⁵⁴⁷.

El Derecho penal despliega un tipo de efectos distintos a los de la MGF para estas intervenciones a través de la figura del consentimiento informado, como veremos a continuación en el siguiente epígrafe.

545 Véase: ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género*, op. cit., p. 131. Sobre este tipo de mutilación genital femenina, supone que los equipos médicos determinarán cuál de los dos géneros, hombres o mujer, se asigna al bebé intersexual y ponen en marcha un procedimiento de intervención quirúrgica genital por parte de un equipo de cirugía pediátrica. Para referirse a este tipo de intervenciones, Cheryl Chase emplea desde una perspectiva crítica el término “mutilación genital intersexual”.

546 Según la actualización presentada en febrero de 2016 por la OMS en su nota descriptiva de dicha fecha, puede definirse el tipo IV de la mutilación genital femenina, como sigue: “Tipo 4 - Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, tales como la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital”.

547 Presentación de la antropóloga ADRIANA KAPLAN del Tipo IV en la Conferencia sobre mutilación genital femenina, celebrada en Granada con fecha octubre de 2016, en la Facultad de Ciencias Políticas.

2.5.3. El consentimiento informado como justificación de la antijuridicidad en las intervenciones genitales por cirugía estética.

2.5.3.1. Consideraciones introductorias.

Al considerar las mutilaciones genitales por razones estéticas como permitidas y aceptadas en nuestra sociedad, la relevancia del consentimiento adquiere un cariz absolutamente distinto respecto de las mutilaciones genitales llevadas a cabo por el ritual ancestral.

Estas nuevas mutilaciones aparecerán como aceptadas, no sólo por ser tendencia en las normas estéticas, sino también porque el Derecho penal ha articulado el mecanismo del consentimiento informado⁵⁴⁸ para aquellos casos de intervenciones quirúrgicas en los que de reunir éste una serie de requisitos, pueda ser legitimador de la actividad médica.

La vaginoplastia, la labioplastia así como la mutilación genital femenina por razones de reasignación de sexo serían consideradas válidas para nuestro Derecho Penal en tanto que el consentimiento de la mujer que se somete a ellas (mayor de edad, por supuesto), haya alcanzado los requisitos que la doctrina penal prevé para el consentimiento informado. Esto es, competencia, exposición, comprensión, voluntariedad y consentimiento. Lo que supone, en definitiva, que la declaración de voluntad provenga de una persona competente, con capacidad para consentir, y que a partir de ella actúe de forma voluntaria, libre de pretensiones externas e internas-,

548 Sobre consentimiento informado véase: GÓMEZ RIVERO, C.: *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*, Versión online. Biblioteca Virtual Tirant; ROMEO CASABONA, C.M^a: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1998, p.p. 327-358; del MISMO AUTOR: *El médico y el Derecho Penal*, 2011, p. 270 y ss; JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, p.p. 86 y ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, op. cit, p. 81 y ss.

siendo el resultado final la exteriorización del consentimiento que, además, habrá de ser actual con garantía de su subsistencia⁵⁴⁹.

Todas estas intervenciones en los genitales femeninas se encuentran consideradas como cirugías estéticas, en las que a través del consentimiento informado, el facultativo médico queda exento de responsabilidad penal, y la intervención es penalmente aceptada en cuanto no se produce el desvalor de la acción, y por lo tanto, no hay tipicidad a considerar, a pesar de considerarse supuestos en los que la actividad médica no persigue una finalidad curativa.

Si bien, con carácter descriptivo pues no es ésta la sede en la que realizar un estudio profundo del consentimiento informado, de forma esquemática, y siguiendo a XÍOL RÍOS⁵⁵⁰, la naturaleza del consentimiento informado ha sido definida por el propio Tribunal Supremo en las siguientes sentencias: Sala Primera, de 24 de mayo de 1996, 2 de octubre de 1997, 16 de octubre de 1998, entre otras muchas, y SSTS, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000, 3 de octubre de 2000, 10 de octubre de 2000 y 7 de junio de 2001, en las que se apoya la base jurídica para dotar de peso al consentimiento informado del paciente, que pueden resumirse de la siguiente manera:

La base constitucional del consentimiento informado se encuentra en la dignidad de la persona, del art. 10.1 de la CE, en el principio de libertad (art. 1.1 CE) y en el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989, de 18 de junio). Además, de su fundamentación internacional⁵⁵¹, se

549 Véase: GÓMEZ RIVERO, C.: *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*, epígrafe “Los presupuestos de validez del consentimiento del paciente. La capacidad de consentir del paciente. Especial referencia a los menores de edad e incapaces”, p. 1. Versión online. Biblioteca Virtual Tirant.

550 Cfr.: XIOL RÍOS, J.A.: “El consentimiento Informado”, *Revista Española de la Función Consular*, núm 14, julio-diciembre 2010, p.p. 21 y ss.

551 Concretamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva

trata de un derecho fundamental, en cuanto es consecuencia de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Siendo a su vez una clara manifestación del Derecho a la libertad personal, a tomar decisiones sobre el propio cuerpo y sobre todo lo que atiene a la persona. Su necesidad se encuentra en el principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis*. Preguntarse por la razón de ser es situarnos en el propio paciente, que una vez ha sido informado suficiente y adecuadamente, puede ejercer libremente sus propias opciones. Lo más importante es que una vez es prestado válidamente, supone el traslado de la responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención del médico al paciente⁵⁵².

A continuación, veremos los presupuestos del consentimiento informado en el ámbito jurídico-penal en relación con la MGF.

2.5.3.2. Breves notas sobre los presupuestos de validez del consentimiento informado.

Resumidamente, podemos indicar que para el Derecho penal, el consentimiento del paciente debe reunir una serie de requisitos para entenderse como legitimador de la intervención o actividad médica.

Siguiendo a GÓMEZ RIVERO, en la doctrina suele admitirse la siguiente secuencia en la descomposición de los requisitos del consentimiento informado: 1.- competencia; 2.- exposición; 3.-comprensión; 4.- voluntariedad y 5.-consentimiento. Estos requisitos en realidad lo que vienen a exigir es que la declaración de voluntad provenga de una persona competente, con capacidad para consentir, y que “el paciente reciba una información suficiente, que a su vez asegure su comprensión, y que a partir de ella actúe de forma voluntaria -libre de presiones externas e internas-, siendo el

York de 16 de diciembre de 1966, todo ello recogido en *Ibidem*, p. 45.

552 Vid.: XIOL RÍOS, J.A.: “El consentimiento Informado”, *op. cit.*, p. 45.

resultado final la exteriorización del consentimiento que, además, habrá de ser actual como garantía de su subsistencia⁵⁵³.

Consecuentemente, el sujeto deberá ser capaz de consentir, en el sentido de contar con plenitud en la independencia de la decisión de consentir, por lo que queda nítidamente sentado que las menores no podrán otorgar consentimiento informado, a pesar de las polémicas doctrinales⁵⁵⁴.

2.5.3.3. La aplicación del consentimiento informado a los casos de cirugía estética genital.

A priori, es evidente que los casos de cirugía estética genital no presuponen la necesaria existencia de una actividad médico-terapéutica en la que se persiga una finalidad absolutamente curativa a realizar conforme a las normas de la *lex artis* a través de la cual se hace necesario el consentimiento del paciente excluyendo la

553 Ibidem, p. 1, epígrafe: “Los presupuestos de validez del consentimiento del paciente. La capacidad de consentir del paciente. Especial referencia a los menores e incapaces”.

554 GÓMEZ RIVERO realiza una exhaustiva exposición del consentimiento informado en los menores de edad, con el merecido contraste doctrinal, finalmente la autora concluye: “así delimitado el problema, en la tarea de concretar bajo qué condiciones el menor puede considerarse capacitado para consentir son dos, básicamente, las posturas que pueden enfrentarse: la primera es la que hace coincidir la relevancia de ese consentimiento con los requisitos de capacidad establecidos en el orden extrapenal, en concreto con la capacidad negocial que se exige en el ámbito civil, y que, por regla general, requiere la mayoría de 18 años; la segunda es la que propone definir la capacidad decisoria del paciente conforme a presupuestos autónomos, nacidos y orientados exclusivamente en el ámbito médico”. De seguirse la primera opción, la regla tendría que ser negar al menor de edad civil, conforme a una presunción *iuris et de iure*, la facultad para disponer sobre su cuerpo y decidir sobre su libertad. De seguirse la segunda opción, por el contrario, pasaría a ser prioritaria la comprobación de que en el caso concreto el sujeto tenía, de hecho, capacidad para disponer de bienes personales”, Ibidem, p. 3, epígrafe: “Los presupuestos de validez del consentimiento del paciente. La capacidad de consentir del paciente. Especial referencia a los menores e incapaces”.

posibilidad de apreciar el tipo de lesiones. Pues claramente en los casos en los que la actividad médica es realizada con una finalidad curativa y practicada conforme a las reglas de la *lex artis* “queda al margen de los tipos de lesiones por carecer de desvalor de acción propio de estos delitos, sin que en este sentido influya ni el resultado de la intervención ni la existencia o no de consentimiento del paciente”⁵⁵⁵.

Por el contrario, en el caso de las nuevas mutilaciones genitales femeninas se trata de intervenciones de las que no dependen la salud -al menos la física- de la mujer que aspira a realizárselas, no constituyendo un tratamiento médico en sentido estricto al no ir encaminada a eliminar una dolencia de la mujer, y, por consiguiente, no hay una razón motivadora encaminada a la curación.

¿Procede entonces que el consentimiento de la mujer que desea someterse a una intervención estética en los genitales excluya el tipo penal de lesiones al facultativo que así la lleve a cabo?

Para responder a esta pregunta, habría que incardinarse en la posibilidad de incluir en el concepto de salud, no sólo la salud física, sino también la salud psíquica, es decir, el bienestar de la mujer que aspira a modificar sus genitales considerando que se trata de una intervención elemental para sentirse bien.

Y no es descabellado la inclusión de la salud psíquica, si partimos del concepto amplio de salud ofrecido por la OMS: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁵⁵⁶, lo que llevaría a una consideración más amplia del tratamiento médico-quirúrgico, como propone CRESPI o GÓMEZ RIVERO, conforme el cual el tratamiento médico

555 Vid. GÓMEZ RIVERO, C.: *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 7, del mismo epígrafe.

556 La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, N° 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948. Fuente:<http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

quirúrgico comprendería también los casos de intervenciones orientadas a mejorar el aspecto externo del paciente, y con ello su salud psíquica⁵⁵⁷.

No obstante, podría discutirse hasta qué punto la cirugía genital estética responde a un verdadero deseo de bienestar individual de la mujer o bien se trata de pautas y presiones externas, por razones culturales y políticas. Así, para Kathambi Kinoti “aunque la decisión de tener la cirugía puede ser individual, la idea de que es necesaria se origina de valores sociales en desarrollo que definen cómo lucen los genitales deseables. La industria de la belleza, los medios de comunicación regulares y el sector lucrativo de los cuidados de salud colaboran todos ejerciendo una inmensa presión sobre las mujeres para que luzcan jóvenes y bellas de acuerdo a estándares rígidos”⁵⁵⁸. Por su parte, la ginecóloga, la Dra. Greighton, dice al respecto “las mujeres están buscando una cierta apariencia genital que solía ser obligatoria sólo para algunas modelos glamorosas”⁵⁵⁹.

En este orden de cosas, entiendo que el Derecho penal no debe entrar en consideraciones morales o enjuiciar las razones por las que una mujer opta por la realización de una intervención en sus genitales⁵⁶⁰. Más bien debe atenerse al hecho en sí. Es por ello que, a mi juicio, si se pretende dar una solución jurídica factible se debe incluir la salud psíquica en el concepto de salud y entender el tratamiento médico

557 Cfr.: GÓMEZ RIVERO.: op. cit, p. 7.

558 Vid.: KATHAMBI KINOTI: “Mutilación genital femenina y cirugía genital cosmética: ¿Tienen algo en común?”, publicado en *Awid Derechos de las Mujeres*, 10 de febrero de 2011. Para la autora, aunque se puede argumentar que las mujeres tienen el derecho a tomar decisiones acerca de sus propios cuerpos, la combinación de actores que influyen en la decisión de cualquier mujer respecto a pasar por esta cirugía hace difícil determinar hasta qué grado se trata de una decisión completamente informada. <https://www.awid.org/es/noticias-y-an%C3%A1lisis/mutilacion-genital-femenina-y-cirugia-genital-cosmetica-tienen-algo-en-comun>

559 Ibidem, párrafo siguiente.

560 En el mismo sentido, tampoco debería cuestionarse a una mujer africana adulta la realización voluntaria y bajo su consentimiento del ritual de la ablación.

como una posibilidad amplia de intervenciones. Así, no habría *a priori* ningún problema en considerar que el deseo de una mujer de modificar algunos aspectos fisiológicos de sus genitales femeninos, no conllevando a la tipicidad de la intervención en los casos en los que decida realizarse una operación de cirugía estética, asumiendo los riesgos que ello conlleva.

Entiendo conveniente concluir este epígrafe señalando que cuanto se trate de una intervención deseada por la mujer, con arreglo a sus creencias y motivaciones, la solución penal vendría dada por la evidente pérdida de fuerza del desvalor de la acción de un delito de lesiones. En este sentido, el consentimiento de la mujer será el elemento determinante para excluir la tipicidad y con ello la responsabilidad del médico por un delito de lesiones⁵⁶¹.

2.6. Toma de postura.

En los epígrafes anteriores, he tratado de explicar que junto a la mutilación genital femenina por razones culturales ancestrales existe una nueva tendencia estética a intervenir los genitales femeninos a través de las figuras estudiadas. Pero, bajo mi punto de vista, entre la MGF y la cirugía genital estética existen serias y nítidas semejanzas: en ambos casos se produce una modificación o alteración de los genitales

561 En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, señala para los casos de cirugía estética que en estos supuestos la concurrencia o no del mismo debe valorarse como un elemento que decide exclusivamente si la intervención atenta contra su libertad y resultan aplicables, por lo tanto, los correspondientes tipos que se orientan a su tutela, la tipología misma de los casos que ahora se tratan determina una estrecha relación entre la finalidad terapéutica de mejora de la salud y el consentimiento del paciente. Porque allí donde no concurra éste, muy difícilmente podrá decirse que la intervención tenga la finalidad terapéutica de mejorar el estado de salud psíquica del sujeto; y a la inversa, puede afirmarse que cuando dicha intervención no sea consentida, la misma supone siempre un atentado a la salud, lo que daría luz verde a apreciar un delito de lesiones. Recogido en el epígrafe: “Toma de postura. Supuestos en que la actividad médica persigue finalidad curativa y se realiza conforme a las reglas de la *lex artis*”, en *La responsabilidad penal del médico*, op. cit., p. 7, versión online.

de la mujer, además en ninguno de los dos casos existen razones médicas que justifiquen la intervención. Y desde luego, de lo que no cabe duda es de que en ambos casos se realizan por motivos culturales, basados en normas sociales y culturales.

Sin embargo, pese a las evidentes similitudes de ambas prácticas, las diferencias en el tratamiento jurídico-penal, acucian, saltan a la vista, como hemos visto. Resulta cuando menos contradictorio que el consentimiento en la mujer adulta que consienta ser mutilada conforme al ritual ancestral no será relevante, sino inválido careciendo de efectos y no excluirá la tipicidad de la conducta que en todo caso constituiría un delito de lesiones del artículo 149.2 del Código Penal; mientras que la mujer que consienta en someterse a una cirugía genital estética, contará con la posibilidad de acogerse al consentimiento informado, y así excluir de cualquier manera la tipicidad de la conducta que no llegaría a ser en ningún caso un delito de lesiones.

En síntesis, la conducta criminal perseguida en nuestro país es la MGF ritual, la consideración de la irrelevancia del consentimiento de la mujer africana que opta de manera voluntaria y libre a realizarse el ritual de la ablación. Mientras que el marco legal que hemos estudiado, es permisivo con cualquier modificación de los genitales femeninos por razones estéticas.

Siguiendo a La Barbera, la única diferencia consiste en la cirugía estética genital es realizada en mujeres blancas (de donde se infiere libre y autónomas), en clínicas y hospitales con la intención de mejorar el propio aspecto físico o la satisfacción sexual, en lugar de celebrar un ritual tradicional (del que son consideradas víctimas las mujeres), de manera que las migrantes que se someten a estas intervenciones son consideradas desde el punto de vista jurídico como menores de edad e incapaces de adoptar decisiones autónomas⁵⁶².

562 LA BARBERA, M.C.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, op. cit., p. 484. Coincido además con la autora en la consideración de una perspectiva etnocentrista del sistema jurídico, básicamente cuando establece: la incongruencia del sistema jurídico parece ser reveladora de la perspectiva etnocéntrica con la que se sigue juzgando al Otro como incapaz de auto-gobierno, víctima de una cultura retrógrada y necesitado de ser liberado por la civilización occidental. Las mujeres adultas migrantes originarias de países donde se practican las

La incongruencia del sistema jurídico-penal en este caso sólo entiendo que puede resolverse bajo la combinación de nuevos criterios interpretativos que tengan en cuenta la antropología y la ciencia jurídica, que consigan establecer unos mínimos en común, capaces de comprender el fenómeno cultural y su adaptación a los instrumentos normativos⁵⁶³.

Como juristas y aplicadores del Derecho, entiendo que debemos tener en cuenta la brecha que suscitan las políticas criminales que tejen auténticas fronteras e insuperables trazando la diferencia entre “las otras” (salvajes africanas cuyas costumbres son bárbaras) y “nosotras” (que condenamos la práctica de las africanas pero permitimos en nuestras sociedades someter el cuerpo a mutilaciones genitales realizadas en quirófanos)⁵⁶⁴.

En aras a encontrar una solución materialmente justa, y una vez hemos hecho la necesaria diferenciación entre mujeres y niñas o personas con discapacidad en cuanto al tratamiento del consentimiento, entiendo con FACHI, que es difícil vetar una intervención con un significado cultural tan arraigado como es la MGF a una mujer adulta que lo solicite como expresión de la propia voluntad y libertad de elección. Pues en nuestras sociedades occidentales existen casos sobre el propio cuerpo como el piercing, los tatuajes, las operaciones estéticas, que pueden ser más peligrosos, aunque nadie considere necesario prohibirlas⁵⁶⁵.

intervenciones rituales son y deben ser consideradas capaces de ejecutar elecciones libres y autónomas, al igual que las occidentales cuando deciden realizar el implante mamario de silicona o la vaginoplastia estética.

563 En el mismo sentido: *Ibidém*: p. 484.

564 En el mismo sentido: LA BARBERA, M.C.: “*Inmigración, hipertrofia del Derecho Penal y fronteras simbólicas...*”, *op. cit.*, p. 10.

565 Cfr. FACHI, A.: “El diseño de las leyes sobre MGF en Italia y la importancia de las distinciones”, *op. cit.*, p. 94.

En mi opinión, si se va a respetar la libertad de la mujer sujeta a una intervención genital estética, también debería respetarse la de la mujer africana que conforme a sus criterios decide realizarse la MGF. ¿Puede acaso el Derecho, y más concretamente el Derecho penal, considerar que la voluntad individual de una mujer adulta africana está viciada y coartada por las normas culturales de dónde procede?

Si hablamos de libertad para tomar una decisión sobre el propio cuerpo y la propia vida, a sabiendas de que esta libertad es matizable en todos los casos, en mi opinión, no se puede fundamentar la intervención coercitiva de la MGF en base a una valoración que realiza el legislador de forma uniforme del bien de la mujer⁵⁶⁶.

De *lege ferenda* propongo la extensión del consentimiento informado para su validez en los casos de MGF que sean elegidas de forma libre, en la que se garantice que el ritual se realizará con un mínimo de garantías médicas, sin que en ningún caso suponga una legitimación oficial de las mutilaciones genitales femeninas por razones de índole cultural. O lo que es lo mismo: el consentimiento informado a través de la procedimentalización médica del ritual, alcanzaría una función muy relevante si se une a otros elementos como la reducción de riesgos cuando fuesen realizadas en centros médicos, así como a la ausencia de dolor -se trataría de un pinzamiento en la zona del prepucio clitoriano con anestesia local-⁵⁶⁷. Es entonces cuando se podría cumplir con las exigencias del ritual, dando cabida a la posibilidad de considerar un espacio de acogida para ciertas prácticas culturales consideradas perjudiciales.

566 En el mismo sentido: *Ibidém*, p. 95.

⁵⁶⁷ En el mismo sentido, cfr: MACÍAS CARO, M.: “Los delitos culturales a la luz del derecho a la propia...”; *op. cit.*, p. 251. Y también: CATANIA / ABDULCADIR, “Proposta di un rito alternativo all’infibulazione su minori. Il punto di vista medico e deontológico”, en FUNGHI / GIUNTA, *Medicina, bioetica e diritto. I problema e la loro dimensione normativa*, 2005, pp. 116 y ss.

CAPÍTULO IX. DELITOS CULTURALES, MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA, Y ERROR DE PROHIBICIÓN.

*Cultura es el instrumento que Occidente
se ha dado para construir su conocimiento del
Otro*

Carla Pasquinelli - Miguel Mellino

1. Notas previas desde la Teoría del Delito.

Para la doctrina del Derecho penal, en la sede de la culpabilidad se valora el reproche de la acción típica y antijurídica, y es aquí precisamente para el caso del delito que nos ocupa donde debemos resolver las cuestiones relativas a las motivaciones culturales del infractor y el conflicto cultural que se presenta en nuestra sociedad. Esto es, comprobar en todo caso que los padres de la menor mutilada son culpables, y por otro lado, verificar que la conducta realizada es exigible y reprochable.

Así, la culpabilidad es, “la secuencia del delito que estudia las circunstancias personales de los responsables de la comisión del hecho previamente calificado como típico y antijurídico”⁵⁶⁸, que, en su aspecto formal, es “la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de obrar conforme a este conocimiento”⁵⁶⁹. Es decir, que ambos conceptos implican para nuestro caso que los responsables de realizar la mutilación genital deben comprender que se trata de un acto ilícito y que además

568 Vid. GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte general*, op. cit. p. 277.

569 CERESO MIR, : op. cit., 2001, p. 51.

contar con las facultades psicológicas e intelectuales para comprender la ilicitud del hecho.

En consecuencia, la exigencia del Código penal de la capacidad para castigar a los padres de la menor mutilada como autores de la MGF, sólo puede verse exceptuada según las normas de culpabilidad indicadas en nuestro Código Penal, por los mismos motivos que para cualquier otro infractor o autor de un hecho delictivo típico y antijurídico; esto es, que no sea capaz de comprender por sí mismo la prohibición que establece la norma penal, que su condición psíquica o intelectual no alcance tal comprensión.

Cuestión ésta, la de la delimitación de las condiciones o condicionamientos psíquicos que, como señala Vázquez González, supone un asunto especialmente espinoso pues “al referirnos a condiciones psíquicas normales, estamos excluyendo otro tipo de condicionantes que puede influir en la personalidad del sujeto de igual modo, pero a la que el Código Penal no tiene en consideración”⁵⁷⁰.

Acudiendo al Código Penal, se puede observar como para nuestro ordenamiento jurídico la capacidad de culpabilidad de una persona requiere de una madurez que es directamente asociada a la ausencia de síndrome de abstinencia o intoxicación por consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes así como a la ausencia de cualquier tipo de alteración psíquica o anomalía de esta índole. Por ende, no se reconocerá capacidad de culpabilidad y por lo tanto estarán exentos de responsabilidad criminal, aquellas personas que según el artículo 20.1, 2 y 3 del Código Penal:

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

570 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, op. cit, p. 189.

comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”⁵⁷¹.

Por lo tanto, el Código Penal sólo plantea la posibilidad de eximir de responsabilidad penal para casos de los condicionantes o condiciones psíquicas que acabamos de ver, estas podrían ser llamadas como condiciones psíquicas comunes. Pero cuando nos referimos a otros condicionamientos que determinan la actitud psíquica de la persona, de otro tipo distinto a estas que hemos llamado comunes, como, por ejemplo, su condicionamiento social, su nacionalidad o su origen, ¿por qué no son tenidas en cuenta por el Código Penal?

A esta pregunta trataré de responder en el siguiente epígrafe.

2. El condicionamiento cultural.

La actuación del sujeto, esto, de los padres que practican en su hija la práctica de la MGF, se entiende que es en buena medida un condicionamiento cultural, social

571 Redacción del artículo 20 del Código Penal, dado por la *L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* («B.O.E.» 31 marzo)

incluso, y cabe entonces la posibilidad de preguntarnos si es posible que este tipo de condicionamientos influya tanto en la persona que afecte a su juicio, a su capacidad de entender la realidad bajo el prisma de sus criterios.

La cuestión es entonces enfocar la respuesta hacia la posible consideración del factor cultural como un elemento decisivo en la capacidad psíquica de la persona, y por lo tanto en su juicio. Y posteriormente, hacernos la pregunta en caso de considerarla como tal si puede ser entendida como una atenuante o bien una total eximente de la responsabilidad criminal.

Para empezar, desde el plano favorable a la consideración del elemento cultural en la valoración de la culpabilidad, Azúa Batarrita, entiende que “en el plano del enjuiciamiento penal, la claridad de la prohibición de la mutilación, y su declaración como conducta ilícita, no tolerable, **no es incompatible con la matización del reproche atendiendo a las circunstancias personales**”⁵⁷². Las circunstancias culturales son para la autora una suerte de fuerza cuya observancia viene a suponer un auténtico deber de responsabilidad, o una imposición que difícil de eludir por supuestas consecuencias perjudiciales.

Este preámbulo favorable a la consideración de la diversidad cultural en el plano de la culpabilidad es reforzado, en mayor medida, por Cabezas Salmerón, que plantea la posibilidad de que los elementos socioculturales puedan afectar a las facultades humanas y por ende al desvalor de la conducta al señalar que “las facultades humanas (intelectuales y volitivas) están también consideradas por una serie de factores socioculturales, al margen de los psíquicos tradicionales. Por ello, no puede caerse en el simplismo de considerarse la capacidad de culpabilidad como un problema de facultades intelectivas y volitivas del sujeto”⁵⁷³. Entiende el autor que la

572 Vid. ASÚA BATARRITA, A.: “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 18, diciembre 2004, p. 94.

573 CABEZAS SALMERÓN, J., citado en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. Cit., p.190.

verdadera justicia del Derecho penal vendría dada por la consideración de las causas sociológicas para la determinación de la culpabilidad.

Si bien, Flobets, puntualiza que se corre cierto peligro en la consideración de la cultura como un condicionante de la culpabilidad, pues se corre el riesgo de convertir la pertenencia cultural en una perturbación mental y esto no es precisamente una solución oportuna. Más bien el proceso penal incrimina a las personas de forma individualizada, y un sujeto que realiza un comportamiento con una lógica normativa diferente a la del sistema donde se traslada no lo hace por padecer de una falta de inteligencia o perturbación mental⁵⁷⁴.

Rompen estos argumentos, otra parte de la doctrina, destacando Vázquez, que considera que el condicionamiento cultural no puede ser considerado como causa de inimputabilidad⁵⁷⁵. El autor entiende que “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 las culturas”.

Entiendo que esta circunstancia cultural no puede ser bajo ningún concepto una causa de inimputabilidad en sede de nuestro Derecho penal. Abrir de forma sistemática la puerta a los condicionamientos culturales podría llevarnos a soluciones de insostenible proyección, de una desigualdad material absoluta, no sólo para el caso de la mutilación genital femenina⁵⁷⁶.

574 FLOBETS, citado por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit., p. 191.

575 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit, p. 191. En el mismo sentido, SÁNZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit, p. 37.

576 Por ejemplo, crímenes de honor, lapidación, atentados terriostas, etc.

3. Introducción y estructura.

En este capítulo estudiaré la problemática que origina el multiculturalismo en el Derecho penal, considerando que la MGF es una práctica traída por otras culturas a nuestras fronteras, como tantas veces he señalado a lo largo de mi trabajo.

Pretendo, por un lado, traer a colación el fenómeno cultural y las vicisitudes que origina para el Derecho penal -bajo una argumentación crítica-. Y, por otro lado, trataré de forma concreta el problema que se da en relación a la mutilación genital femenina en la esfera del Derecho penal y la respuesta que se intenta dar a través de la figura ya clásica del error de prohibición.

En todo caso, la complejidad de la cuestión objeto de estudio me acompaña a priori de forma inseparable, al igual que a un sin fin de jueces y aplicadores del Derecho que se han visto abocados a resolver sobre esta cuestión, como a continuación veremos.

La posibilidad de cuestionar las estructuras clásicas del Derecho penal, me llevará finalmente a proponer alguna medida *de lege ferenda*.⁵⁷⁷

577 Vid. CARNEVALI, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007, p. 3. El autor destaca cómo la homogeneización cultural en el caso del Derecho penal se expresa por ejemplo con la instauración de la Corte Penal Internacional. 578 SILVA SANCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 107., citado Cfr: SERRA-VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, *Diario La Ley*, julio de 2015.

4. Los delitos culturales como paradigma de las sociedades modernas.

4.1. Una primera aproximación al fenómeno cultural.

En una primera aproximación, y desde un punto de vista no sólo teórico, sino también pragmático, el fenómeno de la diversidad cultural origina una amplia problemática en nuestras sociedades. Frente a la aspiración ideal de un único Derecho para todos los supuestos de la vida social y para los sujetos que integran la sociedad, la confluencia de culturas diferentes con diversos sistemas morales o códigos de valores genera problemas ineludibles en cuanto al tratamiento jurídico de las situaciones sociales⁵⁷⁸.

Aunque el mundo avanza hacia una globalización -también del Derecho penal- con el objetivo de estandarizar intereses que surgen como comunes, lo cierto es que aunque parezca que se está creando una especie de visión común en la sociedad mundial en temas cruciales como por ejemplo los derechos fundamentales, no es del todo así. Frente a la homogeneización cultural laten las manifestaciones dirigidas a resaltar las especificidades culturales.⁵⁷⁹

En el ámbito europeo, que es precisamente el que nos incumbe de manera más directa, se ha producido una evidente tensión entre homogeneización y diversificación, y pese a la armonización de las formas de vida, destaca constantemente una reafirmación de la cultura particular⁵⁸⁰.

578 Cfr: SERRA-VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, *Diario La Ley*, julio de 2015, p. 3.

579 Véase: CARNEVALI, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007, p. 3. El autor destaca cómo la homogeneización cultural en el caso del Derecho penal se expresa por ejemplo con la instauración de la Corte Penal Internacional.

580 SILVA SANCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001, p. 107., citado por CARNEVALI, R., op. cit, p. 4.

Cuando las minorías reafirman su identidad en un contexto globalizado, tiene lugar un fenómeno justamente contrapuesto a lo que aspira la mundialización⁵⁸¹. El resultado son sociedades complejas en las que se producen los llamados “conflictos culturales”, que pueden producirse por la colisión de códigos diversos que chocan entre sí en franjas culturales paralelas, cuando se producen migraciones de los integrantes de un grupo hacia otro lugar donde existen códigos de cultura radicalmente distintos y cuando las leyes de un grupo son impuestas a otro como consecuencia de fenómenos de imposición de poder⁵⁸².

En este mosaico étnico, lingüístico y religioso parece universalmente reconocido el Derecho de las minorías a desarrollar su cultura en el marco de un Estado Multicultural. Es ahí donde el peso de las valoraciones culturales ajenas al entorno del país de convivencia revierte de una manera específica en la intensidad de la reacción penal como reclamación frecuente en el ámbito del movimiento multicultural⁵⁸³.

Y aunque se da un relativo reconocimiento de los Derechos de las minorías⁵⁸⁴, para el Derecho se presenta una encrucijada que no siempre es fácil resolver, especialmente para el Derecho penal como veremos a continuación.

581 Véase: MORENO NAVARRO, I.: “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, *Cuadernos de Derecho judicial*. Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación. 1998, p. 19, 24 y ss.

582 Cfr: SELLIN, J.T.: “Culture, conflict and Crime”, Social Science Research Council, 1938, p.p. 63 y ss.

583 Vid. HERRERA MORENO, op. cit., p. 69. En este sentido, la autora habla del multiculturalismo como un mito, recogiendo las tesis de Habermas que postula la integración del Estado como neutral pero no pasivo; junto a la de Kymlicka, que mantiene un sentido mucho más radical de la neutralidad, rabiosamente neoliberal: la neutralidad respetuosa del Estado Multicultural integrado es imposible.

584 Véase, sobre los derechos de las minorías, el trabajo realizado por VELASCO ARROYO, J.C: “Derechos de las minorías y democracia liberal. Un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre, 2000.

4.2. Derecho penal, cultura y multiculturalismo.

Ante el fenómeno del multiculturalismo sólo nos cabe hacernos algunas preguntas: ¿debe el Derecho penal formar parte de la regularización social de la multiculturalidad? ¿Cómo conciliar el respeto a la diversidad cultural con la uniformidad del Derecho penal? ¿Qué hacer, en definitiva, con aquellos comportamientos que son admitidos en una determinada cultura pero constitutivos de delito en la sociedad de acogida o en la que se produce la manifestación cultural contraria al ordenamiento jurídico?⁵⁸⁵

Estas conductas culturales a las que hacemos referencia son, además de las lesiones que provoca la MGF, la poligamia, los matrimonios forzados⁵⁸⁶, las muertes para proteger el honor familiar, la obediencia familiar, el trabajo infantil, entre otros. Toda una serie de conductas, atentatorias a los Derechos Humanos, que no hacen más que confirmar la diversidad, pero no de cualquier modo sino desde su protección penal⁵⁸⁷, para que así la tolerancia no sea una elasticidad sin límites⁵⁸⁸.

585 En el mismo sentido se pregunta SANZ MULAS: “¿Qué sucede con aquellos actos que son consentidos dentro de un contexto cultural pero delictivos en la sociedad que se insertan?” en “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español), Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-11, 2014, p. 11.

586 Sobre matrimonios forzados, véase: CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E., *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017, pp.495-515.

587 Cfr. SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español), *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11, 2014, p. 11.

588 Afirmado, pero en sentido positivo, por MARTINEZ MUÑOZ, J.A, en “Multiculturalismo y

Ahora es necesario introducir una forma común de llamar a todas estas conductas, una manera de ponerle un nombre que refleje la realidad del fundamento cultural como exponente en el ámbito subjetivo del individuo y razón motivadora de su comportamiento. Pues bien, la doctrina ha acordado en acuñar todas estas conductas señaladas bajo la denominación de “*delitos culturalmente condicionados*”. Una definición de los mismos que me parece acertada por cuanto es holística en su planteamiento, es la que ofrece De Maglie:

“comportamiento realizado por un sujeto que pertenece a un grupo étnico minoritario que es considerado delito por las normas del sistema de la cultura dominante. El mismo comportamiento en la cultura del grupo al que pertenece el autor, por otra parte, perdonado, aceptado como normal o aprobado, incluso, impuesto”⁵⁸⁹.

A tenor de esta definición se observa que la gran diferencia, por tanto, respecto de los delitos habituales es que en éstos es la propia sociedad la que se defiende y acusa, mientras que en los delitos que adoptan el matiz de culturales, la sociedad de la que surge la conducta y la sociedad que acusa no son la misma. O dicho con otras

estados personales”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2001, p. 786: “la tolerancia no puede alcanzar a todo. Son necesarios límites de la tolerancia. Por eso se dice que la tolerancia es elasticidad con límites, algo parecido a lo que en la teoría de las virtudes se expresa con la noción de término medio, algo con lo que es difícil estar en desacuerdo, pero mientras que en la idea de virtud el límite de tolerancia está en la responsabilidad ¿cómo se fija el límite de tolerancia en una sociedad pluralista y relativista? Pese a ello lo que pretendo mostrar es que la tolerancia, como el pluralismo, son principios que hay que defender, estableciendo las condiciones para extender su aplicación al número más amplio de aspectos de la vida”.

589 Vid. DE MAGLIE, C.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías de los modelos penales*, Madrid, 2012, p. 68. No son delitos culturales, por lo tanto, por no suponer un conflicto étnico-cultural: los delitos debidos al mero status de extranjero del sujeto pasivo, ni aquellos que encuentran su justificación en la inexperiencia o la carencia de socialización del autor o los que se deben a la diferencia en la disciplina legislativa vigente de origen respecto del ordenamiento anfitrión. Explicado con mayor precisión y elocuencia en la p. 96 de la misma obra y autora.

palabras, el delito culturalmente motivado encuentra su origen en una razón de ser cultural, pero es reprimido por otra lógica diferente⁵⁹⁰. Por lo tanto, ¿cómo pueden ser tratados estos casos desde el prisma exclusivo de nuestra legislación que es precisamente ajena y desconocida por los autores de estas conductas “culturales”?

La respuesta, pasaría en primer lugar, por indicar que estos delitos requieren ser abordados con las garantías y protección que de forma cualificada ofrece el Derecho penal. Por ello, la problemática que suscita la MGF en cuanto a la gravedad de las conductas, la culpabilidad y la imputación de responsabilidad, adoptarán diversas soluciones según el modelo o sistema de Derecho penal ante el que nos encontremos. De todas formas, me atrevo a cuestionar si los instrumentos con los que cuenta nuestra Teoría del Delito son suficientes o por el contrario es preciso “inventar” categorías nuevas, en el siguiente epígrafe esta cuestión será resuelta.

Siguiendo a De Maglie, son tres los modelos sobre los que puede abordarse el tratamiento de los delitos culturalmente motivados:

1. El sistema asimilacionista; no tiene en cuenta el hecho complejo del multiculturalismo, pudiendo adoptar a su vez la versión de asimilacionista-igualitario o asimilacionista-discriminatorio. Para el primero, el castigo penal será idéntico para el sujeto que actúa con la motivación cultural como el que lo hace sin esa motivación. Para el segundo, el delito culturalmente condicionado adopta un grado de represión más acentuado respecto del delito homólogo del sistema donde el sujeto pasivo ha llevado a cabo la conducta culturalmente motivada.
2. El sistema multicultural en sentido estricto (multiculturalismo fuerte); que encuentra su homólogo la cultural defense, y por lo tanto en la apertura al hecho diferencial cultural, en la tolerancia, considera la

590 Cfr. SAN MULAS, N.: op. cit, p. 13; así como en el mismo sentido, FOLETS, M.C.: “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincuente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo”, *Anuario de Derecho Penal*, 2006, p. 297; y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit, p. 162.

posibilidad de exonerar de responsabilidad al autor del delito culturalmente condicionado.

3. El sistema multicultural intermedio (multiculturalismo débil), un poco más flexible que el asimilacionista, en todo caso tendente a la apertura de la reinterpretación de las categorías normativas exigentes, mediante la toma en consideración de la cultura como particularidad⁵⁹¹.

De los estudios seguidos en esta investigación, encuentro especial plasmación práctica de los sistemas que acabo de exponer en la comparación que Carnevali realiza respecto de la experiencia norteamericana y la europea.

La primera, sociedad multicultural por excelencia, encuentra en su configuración en la manera de resolver el asunto del multiculturalismo, de manera que se habla de la *cultural defense* o *defensa cultural*, mientras en Europa la discusión gira en torno a los *delitos culturales* o *delitos culturalmente condicionados*. Quiere decir que en Europa nos estamos asomando aún al problema, mientras el sistema norteamericano ya encuentra en su seno la regulación exhaustiva de las eximentes, o atenuantes que guardan relación a consideraciones culturales, pero ya dan por hecho la existencia de los delitos culturales. La paradoja, compartida con el citado autor, es que en nuestras sociedades multiculturales, se impongan normas penales a sujetos que ni siquiera tienen derecho a voto, y por lo tanto no contribuyen a la generación de la norma, la cual le resulta absolutamente ajena⁵⁹².

Para ir concluyendo este epígrafe sobre la relación entre Derecho penal y multiculturalismo, completamos la idea de que en efecto las distintas formas de afrontar el multiculturalismo incidirán en el entendimiento y planteamiento de los aspectos penales.

591 Vid. DE MAGLIE.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías de los modelos penales*, op. cit, pp. 69-71.

592 CARNEVALI.; op. cit. p. 14.

5. El error de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad: su tratamiento de los delitos culturales.

5.1. El error de prohibición en sí.

La capacidad de motivación es el fundamento de la culpabilidad. Y ésta no concurre en los casos en los que el sujeto no tiene conocimiento de la prohibición, de la antijuridicidad. De esta manera, quien no conoce una norma no puede motivarse por ella; así el Derecho penal renuncia a la imposición de una pena⁵⁹³.

Para el caso de la MGF, un delito culturalmente condicionado *per se*, parece lógico pensar que el instrumento más adecuado del que dispone el Derecho penal para su tratamiento es el error de prohibición, pues como veremos, ha sido alegado en todos los casos de MGF hasta ahora enjuiciados por los tribunales.

Actuará bajo error de prohibición quien actúa sin conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, o lo que es lo mismo, sólo se podría hablar de culpabilidad si ante la acción típica y antijurídica, el sujeto podría haber obrado de otro modo.

El sujeto cree que ha obrado lícitamente⁵⁹⁴, y la creencia de la licitud de la norma puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, es decir, el desconocimiento de las normas o prohibiciones penales denominado en este caso *error de prohibición directo*; o sobre el error acerca de una causa de justificación, siendo llamado en este caso *error de prohibición indirecto*. En ambos casos, se produce la

593 GÓMEZ RIVERO, C.: *Nociones generales de Derecho penal*; op. cit, pp. 303 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: op. cit. 2015.

594 Así lo dictamina expresamente la STS 336/2009, de 2 de abril. Literalmente establece que “hay error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente”.

exención o exclusión de la responsabilidad penal, cuando se trata de error invencible. Si por el contrario el error es vencible, se impone la pena inferior en uno o dos grados⁵⁹⁵, en virtud del art. 14 del Código Penal.

Más detenidamente, el tratamiento del error de prohibición viene recogido en el art. 14.3 CP⁵⁹⁶. El error invencible, excluye la responsabilidad criminal, el Estado renuncia a la pena por no poderse exigir que quien no conoce ni puede conocer la prohibición se motive conforme a sus mandatos. Mientras que el error vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados; en estos casos se produce una disminución de la culpabilidad del autor, pero sigue estando presente, aunque en menor grado.

El error de prohibición en su faceta invencible exige para poder ser apreciado por los tribunales determinadas consideraciones según la jurisprudencia del TS, como son:

- a) Que para excluir el error no se precisa que el agente tenga seguridad respecto de su proceder antijurídico, pues basta con que tenga cierta conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad.
- b) Que para llegar a esta exculpación **habrán de tener en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente**, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción.

595 Véanse: GÓMEZ RIVERO, C.,: op. cit, p. 309 y 310; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit, pp. 195 y ss.

596 *Literalmente, el artículo 14 establece:* 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

c) Que su invocación no es aceptable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada⁵⁹⁷.

5.2. La invocación error de prohibición en los delitos culturales y concretamente en el caso de la MGF.

5.2.1. La invocación del error de prohibición en los delitos culturales en general.

Como he señalado anteriormente, el error de prohibición *parece a priori* el instrumento más adecuado para excluir la culpabilidad como pieza clave dentro de las categorías clásicas de la Teoría del Delito en los supuestos de delitos culturalmente condicionados. Su invocación se realiza en estos supuestos para obtener la exclusión de la responsabilidad o atenuar la condena, en el caso de que fuera vencible.

La invocación del error de prohibición en los casos que abordamos nos sitúa ante el dilema de si es acertado que el ataque a ciertos bienes jurídicos considerados valiosos por la sociedad pueda ser exculpado en base a una costumbre cultural. La solución ofrecida por la mayoría de los países va encaminada a la neutralidad de sus códigos penales, aunque cada vez son mayores los intentos de poner en valor y en consideración los aspectos culturales.

Por lo que respecta a nuestro país, la tendencia actual de los tribunales está siendo la apreciación de forma limitada del error de prohibición.

El Tribunal Supremo considera ante todo la salvaguarda de los bienes jurídicos como prioritario ante la invocación del error de prohibición. Así, por ejemplo, la **Sentencia 687 /1996, de 2 de abril**:

“no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud”.

597 Cfr: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit, p. 196.

También, el **Auto aclaratorio de la Audiencia de Lleida de 24 de agosto de 2000**, no concede relevancia al hecho cultural y condena al padre de familia por la comisión de un delito de lesiones contra sus familiares:

«El posible choque cultural que pueda producirse entre un inmigrante de religión islámica y una sociedad industrializada como la nuestra en la que fija su domicilio no puede constituir causa de exención de responsabilidad penal, ni tan siquiera por la vía del error, cuando el tipo penal cometido consiste en la realización de actos de violencia física y psíquica contra los diferentes integrantes del núcleo familiar, en concreto la esposa y los hijos menores de edad, y que van más allá de un simple "no dejar salir a las hijas" máxime cuando el principal motivo de las discusiones familiares no se ciñen al ámbito de la moralidad o la ética, ni tan siquiera religiosa, por cuanto siempre son motivadas por cuestiones económicas, al quedarse para sí el imputado los escasos recursos familiares unido a problemas de alcoholismo y ludopatía».

Seguidamente **en el plano de los derechos constitucionales** se viene negando razones culturales, que en muchos casos son invocadas como religiosas, para, apelando al error de prohibición, sean justificativas de conductas delictivas. Adquiere en este sentido especial interés, la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre bodas gitanas. El Alto Tribunal deniega el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad al supérstite de una pareja casada por el rito gitano, planteando, la cuestión de si implica una discriminación por razón de raza el no reconocimiento de una unión practicada conforme a un rito que los miembros de una determinada etnia vienen realizando secularmente⁵⁹⁸:

598 Véase, en relación a este supuesto el estudio realizado por RIVERO GONZALEZ, M.: "Multiculturalismo, derecho e identidades nacionales. Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre las bodas gitanas", *Diario La Ley*, septiembre de 2009. En primer lugar, recuerda el Tribunal Constitucional que no forma parte del núcleo del art. 14 CE la denominada "discriminación por indiferenciación", con base en la cual el recurrente solicitaba, a pesar de reconocer que no concurre en las uniones celebradas conforme a los usos y ritos gitanos la existencia de un

“no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente”.

Como puede observarse, a la vista de las sentencias citadas, el Tribunal Supremo viene rechazando la posibilidad de invocar el error de prohibición en aquellos casos en los que la ilicitud de la infracción es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada⁵⁹⁹. Pues como se señala en la **STS de 8 de enero de 2010**, “el error de prohibición podrá predicarse de aquellas figuras delictivas propias de un concreto ordenamiento jurídico que suponen la especial protección penal de aquellos bienes que, en términos relativos, son tenidos por tales a efectos de la norma punitiva, en una determinada sociedad y momento histórico, y que, por tanto, de acuerdo con los criterios culpabilísticos de nuestro Derecho Penal, no pueden predicarse con carácter absoluto y general para todas las personas, culturas o sistemas jurídicos, pero que en modo alguno ha de reconocérsele como causa de exoneración, ni total ni parcial, en relación con infracciones atentatorias contra principios tan básicos, hoy en día superada ya antiguas y rechazables prácticas pretéritas, como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad en sus diferentes ámbitos”.

vínculo matrimonial reconocido legalmente, que se declarase que resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las meras uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica. Pues bien, dice el Tribunal que resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14, la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual.

599 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit, p. 196.

De lo que puede concluirse que para nuestro Alto Tribunal el desconocimiento jurídico de las normas no excusa el conocimiento de la ilicitud de determinadas conductas que son a todas luces opuestas al Derecho⁶⁰⁰.

5.2.2. La invocación del error de prohibición en los delitos de MGF y su tratamiento por la jurisprudencia.

El tratamiento del error de prohibición por la jurisprudencia para el caso de la MGF, ha adoptado derroteros muy similares a los consagrados para el resto de casos de delitos motivados por un fundamento cultural.

En primer lugar, traigo a colación la Sentencia **del Tribunal Supremo 835/2012, de 31 de octubre**, que, como se ha visto anteriormente en el estudio del tipo penal, los padres, de origen gambiano, extirpan el clítoris de su hija, siendo ésta bebé de apenas unos meses.

La Sala parte de una definición del error de prohibición consagrada en la Teoría del Delito sin excepciones previas ni referencias a la cultura como fundamento de las conductas delictivas. Tanto es así que comienza advirtiendo que “debemos recordar que se produce el error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente. El error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, de modo que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la

600 Piénsese en los casos de abusos y agresiones sexuales, lesiones, asesinato o robo. De ahí que debamos recordar un principio que asiste a nuestro ordenamiento jurídico y que redundará aún más todavía en la imposibilidad de invocar el error de prohibición para estos casos cual es *ignorantia iuris non excusat*, que viene a justificar aún más el carácter restrictivo con el que la jurisprudencia admite el error de prohibición. Ibidem, p. 196.

responsabilidad y extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco al desconocimiento de la norma concreta infringida. Solo en casos de que el error de prohibición sea vencible, cabrá una penal adecuada como prevé el art. 14 del Código penal”.

Es curioso en este caso cómo el Alto Tribunal aprecia error de prohibición **vencible en el caso de la madre**, pero entiende que el padre, residente desde hacía 10 años en España, estaba integrado y era conocedor de la prohibición de la práctica de la MGF. Así, considera la Sala que:

“la mutilación de los genitales de las mujeres es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad”, si bien, a pesar de que estas prácticas culturales se han extendido a nuestras fronteras a consecuencia de los flujos migratorios, **“no puede motivar la construcción de una teoría del error de prohibición fundado en los hechos culturales a los que pertenece el sujeto”**, pues entiende que “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 toda las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”.

En segundo lugar, la **Sentencia de la Sección Cuarta de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 4 de abril de 2013**⁶⁰¹.

Lo característico de este caso es que la madre, mujer a su vez mutilada, se exculpa alegando que no tenía conocimiento de que a su hija se le hubiera practicado la ablación, y que como víctima de la MGF estaba en contra de ella. Aunque esta versión fue posteriormente desacreditada en el relato de los hechos, por un enfermero

601 Recordemos aquí que esta fue la primera condena por MGF perpetuada fuera de España, en Senegal.

que estando en el reconocimiento pediátrico dio fe de que cuando a los padres se le informó de las lesiones de la menor, estos reaccionaron con indiferencia, comentando que en su país era una práctica normal y propia de su cultura y tradición.

No obstante, el Tribunal entiende que la madre, llegada a España en 2010 a través de un programa de reagrupación familiar, no tenía conocimiento de que la MGF constituye delito en nuestro país, tanto fuera como dentro de nuestras fronteras. La condena a la madre es de 2 años de prisión, frente a la del padre, para el que el tratamiento es distinto por llevar más tiempo de residencia, desde 1999. Así, la Sentencia sostiene que: “pues bien, a la luz de las pruebas practicadas en el plenario, lo que el tribunal ha deducido es 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.** Por tal motivo, y entendiendo así la cuestión, se entiende porqué en ese primer reconocimiento médico de su hija, en septiembre del 2.010, reaccionara con total normalidad, con indiferencia y sin sorpresa al ser informada de la lesión descubierta, reconociendo, incluso, haberla sufrido. Esto es, la naturalidad de su reacción no podía derivar de otra cosa distinta que no fuera su convencimiento de que la lesión sufrida por su hija carecía de e trascendencia penal.”

La sentencia mantiene, al igual que en el caso anterior, que el respeto a los derechos humanos es un “principio o presupuesto normativo” en España que no puede eludirse por razones “de tipo cultural, religioso o ideológico”.

Por último, la **Sentencia 42/2013 de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo**, que, como podemos recordar, condena tanto al padre como a la madre, de origen gambiano, que han practicado la ablación a sus dos hijas menores de edad (de 6 y de 11 años). En este caso la Audiencia Provincial impone 12 años de prisión como condena, es decir, el máximo legal a ambos progenitores.

La invocación del error de prohibición por parte de la defensa es rechazada de plano por la Audiencia Provincial, que entiende que no concurre el error de prohibición ya que **“la ignorancia o ausencia de conocimiento de que la ablación femenina sea delito esgrimida por los padres acusados no puede obstar a la**

viabilidad de la acción penal ejercitada. Además, la Sala agota cualquier resquicio de posibilidad de invocar error de prohibición cuando considera probado, como se infiere de los hechos, que tanto el padre como la madre llevan más de 22 y 15 años residiendo en España, con situación administrativa regularizada, y por lo tanto con **suficiente integración**⁶⁰² y conocimiento de la prohibición en nuestro país de la ablación. Dice, en este sentido que, “así las cosas, la tesis del error de prohibición no puede ser admitida, sin que tampoco sea de apreciar en la madre procesada una situación cualitativamente diferente a la del padre acusado, que pudiese dar cobijo a una error de prohibición vencible, dado que pese a que dijo haber nacido en una aldea o poblado ,no acababa de llegar a España, sino que venía residiendo, en concreto, en Cataluña desde el año 1998, por lo que es plausible razonar que sin llegar a estar plenamente integrada, **no cabe duda de que su integración social tenía que ser importante**”.

El tribunal, por consiguiente, no estima la declaración de inocencia de los padres en el relato de los hechos que asegura que no sabían que a sus hijas se la había practicado la ablación y que desconocían que tanto la legislación española como la de Gambia prohíbe la ablación.

La Sala entiende que sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como

602 La Sala además rechaza la invocación del error de prohibición por dos motivos que hemos estudiado anteriormente en otros apartados, que aunque en este punto de la exposición no son tan relevantes, considero que sí es necesario traerlos a colación para así hilar con más precisión la complejidad del supuesto. Por un lado, que la ablación se haya realizado fuera de España (extraterritorialidad es para el Tribunal otro motivo de desestimación del error de prohibición, y por otro, el hecho de que ésta sea clandestina, alerta del conocimiento del ilícito. La Audiencia lo cuenta así: sí, 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.

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. Considera que es un viaje desde la desesperanza a la esperanza y que tales grupos proceden de otras culturas que tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. No obstante, **“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”.

5.2.3 Una aproximación a otras soluciones: el error de comprensión culturalmente condicionado.

Traigo a colación de los delitos culturalmente motivados una de las figuras que ha sido empleada por algunos códigos penales de otras partes del mundo, especialmente en Latinoamérica para resolver conflictos que ha presentado la diversidad. Y no precisamente por compartir su invocación, sino para el estudio comparado y completo del tratamiento de los casos de delitos con base cultural en el intento de ofrecer una perspectiva más completa para el caso de la MGF.

Se trata de la figura del error de comprensión culturalmente condicionado⁶⁰³. El error en este caso no radica en el desconocimiento de la norma jurídica sino más

603 Sobre el mismo véanse los estudios de: SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11, 2014; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010; CARNEVALI, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007; MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, 2008.

bien en la carencia de comprensión de la norma que provoca que no sea entendido correctamente su desvalor⁶⁰⁴. Es decir, el sujeto conoce la norma prohibitiva, pero no se le puede exigir la comprensión de la misma, esto es, su proyección o interiorización como parte de su catálogo de valores⁶⁰⁵.

Más en concreto, ZAFFARONI, que ha desarrollado ampliamente la teoría del error culturalmente condicionado, señala que “al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero no la puede interiorizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)”⁶⁰⁶, y por lo tanto nos encontramos ante un error de prohibición invencible ante una autoría por conciencia que excepcionalmente excluiría la culpabilidad.

Este tipo de error basado en el condicionamiento cultural implicaría la negación de la reprochabilidad al autor, y con ello la negación de la culpabilidad, solo en el caso de que este error sea, a su vez, un error de comprensión invencible.

Por traer de forma más clara un ejemplo real de lo que estamos hablando, el Código Penal peruano puede ser un buen candidato al inscribirse en esa línea. En él, se establece en su art. 15, bajo la rúbrica “error de comprensión culturalmente condicionado”, lo siguiente:

“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de

604 Cfr. CARNEVALI RODRIGUEZ, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno” op. cit., p. 27.

605 Vid. MONGE FERNÁNDEZ, A.; *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, op. cit., p. 101.

606 Vid. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR.: *Derecho penal. Parte general*, Buenos aires, 2003, p. 736.

acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”⁶⁰⁷.

Como se puede observar, se trata del establecimiento de una auténtica eximente para aquellos miembros de una determinada cultura que actúan bajo las normas de la misma. En realidad, es una solución que no obstante deja un amplio calado de inestabilidad y riesgo con su reconocimiento. Pensada eso sí, para el plano latinoamericano, entiendo que puede resultar controvertido y complejo para la resolución de conflictos derivados de conductas culturales en cualquier lugar donde pretenda instaurarse, especialmente para el caso de la MGF.

En primer lugar, puede generar una importante desconfianza en el sistema penal⁶⁰⁸, al adoptar una solución diferente para los ciudadanos en función de la cultura a la que pertenecen.

Y esto, lógicamente, redundaría en el principio de seguridad jurídica, y en el de igualdad ante la ley que con el establecimiento de esta eximente quedarían ampliamente cuestionados. Y a su vez, no dejaría más que la puerta abierta a una indeseable valoración subjetiva respecto del tiempo en que un ciudadano debe estar integrado en una cultura para entenderse que ha asimilado sus normas y que actuará bajo las mismas, así como, por otro lado, una clara discriminación a los ciudadanos que no son parte de esa cultura, para los cuales se aplicaría la ley penal sin la contemplación de una eximente de la responsabilidad.

A mi modo de ver, las soluciones a las que nos llevaría la aplicación de esta eximente **para cualquier conducta cultural y en especial para el caso de la MGF**, no serían por lo tanto justas, y habría que pensar más bien en la posibilidad de aplicar las normas generales para todos los ciudadanos, con independencia de su cultura. So

607 Consultado en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf

608 En el mismo sentido: CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno” op. cit, p. 27, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit. p. 109, SANZ MULAS, N.: op. cit., p.11.

pretexto de que la ponderación de los condicionamientos culturales por el juez conllevará en sí el respeto de igualdad ante la ley⁶⁰⁹.

Porque, ¿sería posible considerar como “error culturalmente condicionado” los supuestos de MGF, en los que los padres de las niñas saben que la conducta de mutilar está prohibida pero no obstante la tradición asumida y transmitida por vía de la educación le impele a aceptar esta práctica como un signo de identidad beneficioso para la mujer?

No parece fácil una solución estándar para todos los casos, como creía en el párrafo anterior. Y es que, desde un punto de vista preventivo de la culpabilidad y acorde con el principio democrático de tolerancia, se debe negar su compatibilidad con bienes jurídicos fundamentales. Pensemos por ejemplo en aquellos casos en los que se pone en peligro y se ataca a la vida o la integridad física⁶¹⁰ de las personas donde no resulta nada fácil una solución ni tampoco sostener una regla general con valor absoluto para la generalidad de los casos. Si reconocemos la relación directa entre lesión jurídica y reproche, con regla proporcional de que cuanto más grave es la lesión el reproche debe ser mayor aún, la exculpación debe ser de mayor entidad. Y así, en atención a esta lógica, los vínculos culturales que impiden al sujeto comprender la ilicitud de las prácticas culturales atentatorias de bienes jurídicos fundamentales como en el caso de la ablación, la venganza de la sangre o la lapidación⁶¹¹, no deberían ser

609 En el mismo sentido: CARNEVALLI RODRÍGUEZ, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, op.cit., p. 28.

610 Sin ir más lejos, la mutilación genital femenina es uno de esos supuestos en el que aparece dañado la bien jurídico “integridad física” e incluso la vida, en los casos donde desgraciadamente la MGF desencadena en la muerte de la niña.

611 El artículo 104 del Código Penal iraní describe que la pena con la que se castigará el “delito” de adulterio será la lapidación. Para ello se usarán piedras “no tan grandes como para matar a la persona de uno o dos golpes, ni tan pequeñas como para no poder considerarlas piedras”. En el artículo 102 se detalla que para ejecutar este castigo, en el caso de un hombre, se le enterrará en el suelo hasta la cintura, y en el caso de las mujeres hasta el pecho (Amnistía internacional, 16 enero 2008).

suficientes para fundamentar al invencibilidad del error de comprensión en casos de homicidios o lesiones graves⁶¹² o en la MGF.

No obstante, para algún sector doctrinal representado por Zaffaroni, podría pensarse de forma excepcional en la aceptación de la validez del error de comprensión en los casos en los que concurran motivos suficientes y basados en sólidas razones para llevar a cabo la exculpación⁶¹³.

En definitiva, entiendo que se trata de una figura que ha de limitarse de *lege ferenda* o vía jurisprudencial pues el derecho a la diferencia, a la propia identidad cultural, debe ceder ante otros derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad sexual⁶¹⁴.

6. Toma de postura. Sobre la invocación del error de prohibición para resolver los casos de delitos culturales en general y en particular de MGF.

Para el desarrollo de este epígrafe en el que pretendo ofrecer mi postura respecto del tratamiento de los delitos culturalmente condicionados, trataré dos cuestiones fundamentales sobre las que asentar la misma: el respeto a los Derechos humanos como límite infranqueable de las culturas, así como la valoración de la integración de los inmigrantes como criterio decisivo para la apreciación del error de prohibición. Finalmente, tras unas leves reflexiones sobre el Derecho penal simbólico y su adecuación para afrontar el multiculturalismo, será el momento de explicar mi punto de vista sobre el caso concreto de la MGF.

612 Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, A.: “El multiculturalismo y su tratamiento en la teoría jurídica del delito”, op. cit., p. 22.

613 Cfr: ZAFFARONI.: *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pp. 738-739.

614 Así: SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 11 y CERESO MIR, J.: “La regulación del error de prohibición en el código penal peruano”, op. cit., p. 102.

6.1. El respeto a los Derechos humanos como límite infranqueable de las culturas.

Ante la complejidad que se nos presenta con los delitos culturalmente motivados, ofrecer una respuesta desde el punto de vista penal no es sencilla y es necesario establecer límites, cuando menos, al respeto y garantía a los Derechos humanos.

Por un lado, a mi modo de ver, entiendo que no puede caerse en la contradicción de provocar un verdadero aislamiento jurídico si adoptamos la defensa a ultranza de las normas culturales de las minorías étnicas que llegan a nuestro país⁶¹⁵ a través de las corrientes migratorias. Pero tampoco, por otro lado, establecer la sinrazón paternalista del modelo asimilacionista en el que estamos insertos, en cuyo seno únicamente se pretende una integración homogénea a través de un Derecho penal uniforme en el que se evidencia su inadecuación como solución desde el bloque clásico de la Teoría del Delito.

Ninguna de las dos opciones ofrece una verdadera solución al problema. Ni establecer una discriminación negativa de carácter cultural de suerte que desemboque en auténticos sentimientos de injusticia y falta de comprensión por la sociedad⁶¹⁶. Ni tampoco eludir de forma automática la conducta cultural en la ponderación de circunstancias que llevaron al sujeto a llevar a cabo la conducta. Pues como señala Vázquez González, “no toda diversidad ni diferencia es éticamente aceptable, ni todo punto de vista cultural tiene en sí el mismo valor ético”⁶¹⁷.

615 Esto además pondría en juego el principio de legalidad y de igualdad ante la Ley.

616 Vid. FERREIRA MONTE, M.: “Multiculturalismo y Derecho penal en el espacio lusófono”, en CORNACCHIA, L., y SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, Navarra, 2012, p. 125.

617 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit., p. 142.

Ni una cosa, ni la otra. Entonces, ¿dónde se halla la solución? ¿Hasta dónde debe el Derecho penal intervenir?

En mi opinión, la intervención del Derecho penal debe darse en todos los casos, y lo que verdaderamente debe modificarse es el criterio incriminatorio, que más que encerrarse en categorías estancas de respuestas estándares para todos los casos, debe establecer una política mínima común en la que sea inalterable el respeto a los Derechos humanos⁶¹⁸.

Las expresiones culturales, por lo tanto, deben respetar un mínimo de derechos humanos fundamentales, que deben estar claros para todos los ciudadanos, con independencia de su procedencia o las normas de su cultura.

En este sentido, las minorías culturales ya sean en su vertiente religiosa, espiritual o étnica se encuentran también bajo el abrigo de la Declaración Universal de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Por lo que, a mi juicio, que todos los ciudadanos de todo el mundo se encuentren bajo la órbita garantista de estos instrumentos, encierra un status mucho más elevado que el de ciudadano, cual es, el de ser humano.⁶¹⁹

Ahora bien, quisiera señalar que la defensa a ultranza de los Derechos Humanos como límite a la invocación de la cultura ante cualquier conducta delictiva, no me sitúa en la defensa del Derecho penal del enemigo. Todo lo contrario, mi tesis

618 En el mismo sentido: BEHANBIB, S.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010; SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11, 2014; BENHABIB, S., “Otro universalismo, sobre unidad y diversidad de los derechos humanos”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 39, 2008.

619 Así, las personas no somos portadores de derechos en función de nuestra ciudadanía dentro de los estados, sino de la Humanidad sin excepción alguna. Cfr.: Así: SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, op. cit., p. 11.

aboga por el respecto a los Derechos Humanos, sin caer en el etnocentrismo propio de Occidente, que se autodefine como modelo de garantías y Derechos humanos universales cuando en sus propias fronteras a diario se perpetran atentados contra los mismos.

6.2. La Integración de los inmigrantes como criterio decisivo de interpretación, especialmente en el caso de mujeres migrantes.

Entiendo que, para ir completando una postura crítica a la vez que, con pretensiones constructivas, uno de los factores que se ha de tener en cuenta en el momento de valorar la aplicación del error de prohibición es la integración del inmigrante, especialmente de la mujer migrante⁶²⁰.

Con esto me estoy refiriendo a su grado de conocimiento del idioma, su nivel de adaptación, el tiempo desde el que reside en nuestra comunidad, así como la posibilidad de tener contactos con otras personas u organizaciones⁶²¹.

Si el inmigrante se encuentra integrado en la sociedad⁶²², fácilmente se puede esperar de él que conozca las normas y que su actuación sea consecuente con las

620 En este sentido: MAQUEDA ABREU, M.L., en *Diversidad cultural, género y Derecho/* Coord. Patricia Laurenzo Coppello y Rafael Durán Muñoz, 2014, p. 595. Así: Las mujeres criminalizadas están relacionadas, en su inmensa mayoría, con condiciones de pobreza, marginación, discriminación racial o étnica, trabajos precarios y poco saludables, desocupación o subocupación en los estratos sociales más bajos con familias problemáticas y bajo nivel de instrucción y cultura".

621 Sobre la integración de inmigrantes en nuestro país, y especialmente sobre migrantes sujetos activos de delitos, obsérvense las siguientes obras, que han sido especialmente tenidas en cuenta en esta investigación: ZUGALDÍA ESPINAR. J.M (Dir.): *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2006; MAQUEDA ABREU, M.L.: "El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres", *Revista de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.

622 Se entiende que pueden ser criterios para presumir la integración aspectos como que cuente con tarjeta sanitaria, haber regularizado su situación administrativa o estar en vías de una regularización, la escolarización de sus hijos, la asistencia a programas para la integración de inmigrantes.

mismas. De lo contrario, estaría en una auténtica elección de normas y que por lo tanto el sujeto “no puede alegar el error de prohibición simple y llanamente porque conoce las normas de ambos sistemas culturales y lo que hace es escoger conscientemente una de ellas”⁶²³.

Por el contrario, cuando se trate de casos en los que no existe suficiente integración, en los que el inmigrante aparece como verdadero desconocedor de la norma, podría reconocerse el error de prohibición, pues este recobra todo su sentido teórico, en su modalidad invencible. Esto sería posible para estadios de integración previos, preliminares, en los que el inmigrante está recién llegado a nuestro país, pero justamente en la medida en que la integración va aumentando, esta teoría se desvanece, pues cuanto mayor es la posibilidad de integrarse, menor margen de actuación queda para el error de prohibición⁶²⁴.

Éste es además el criterio que está siguiendo el Tribunal Supremo en algún caso, como el de la madre de la niña gambiana cuya pena se atenúa al concurrir error de prohibición invencible que aún no se encontraba del todo integrada.

La sencilla lógica que acabo de exponer por la que a mayor integración menor posibilidad de invocar error de prohibición, sólo puede conducirme a proponer un mejor y mayor compromiso por parte del Estado y de la sociedad en general para hacer efectiva la integración de los inmigrantes en el tejido de nuestra cultura y convivencia.

No puedo cerrar esta referencia a la integración de los inmigrantes sin hacer mención expresa a la **mujer migrante**, que suele ser víctima de delitos culturalmente motivados. Y muchas veces de forma contradictoria, como es el caso de la MGF, en el

623 VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes* op. cit, p. 198.

624 En el mismo sentido: ROPERÓ CARRASCO, J.: ROPERÓ CARRASCO, J.: En “El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina”, op. cit., 2011, p. 1408 y ss; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes* op. cit., p. 199.

que la madre mutilada acaba siendo responsable y víctima al mismo tiempo de la MGF. Por ello, mi sugerencia y al mismo tiempo propuesta para el legislador es la de aunar esfuerzos desde los poderes públicos y las administraciones públicas para que la mujer migrante pueda empoderarse desde la educación, la toma de conciencia de sus derechos y de su dignidad como persona en el seno de una sociedad que comparte una escala de valores bien diferenciados con su cultura. La marginación social a la que es sometida la mujer migrante es directamente proporcional a su aislamiento social, que sólo genera desestructuración y en la mayoría de los casos, abusos y discriminaciones carentes de justicia, de lógica y de moral⁶²⁵.

6.3 Sobre el Derecho penal simbólico como solución para el tratamiento del multiculturalismo.

Se entiende por Derecho penal simbólico a aquellas normas cuyos efectos instrumentales son inexistentes o reducidos en comparación con los efectos simbólicos: transformación de mensajes o contenidos valorativos, influyen en la conciencia social, no existiendo una protección inmediata del bien jurídico⁶²⁶.

En el ámbito del multiculturalismo que estudiamos, este Derecho penal simbólico adquiere en gran medida todo el peso que le confiera la opinión pública propio del modelo penal asimilacionista en el que estamos sumergidos.

Como apunta Díez Ripollés, el reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del Derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal, cuyo empleo

625 Cfr: SILVA CUESTA, A.: “Feminismo islámico y fronteras de género”; conferencia impartida en el Instituto Egipcio de la Embajada de la R.A de Egipto, con fecha 3 de mayo de 2015. Véase: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-puede-ser-musulmana-feminista-20150603213853.html>

626 SERRA VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, op. cit., p. 12.

sirve para descalificar tajantemente determinadas decisiones legislativas, generalmente criminalizadoras, que no sólo carecerían de los fundamentos materiales justificadores de su adopción, sino que además realizarían un uso ventajista del Derecho penal para fines que no le son propios⁶²⁷.

Es precisamente lo que ocurre con el fenómeno cultural: el legislador actúa queriendo lanzar un mensaje de lo que está bien y lo que está mal, de cierta manera a modo de crear una conciencia social, que en muchos casos no va acompañado de la necesaria coherencia social propio de sociedades más avanzadas.

Lo que se pretende es crear una reacción social de preocupación, mediante la creación de normas que se identifican con fobias o preocupaciones sociales, pero que en ocasiones sólo reflejan una intromisión a la esfera personal del individuo. En todo caso, la intromisión de la norma penal en esferas interpretativas que vienen a amoldar esquemas de comportamiento en la sociedad, no siempre encuentra una justificación razonable para su preeminencia desde el plano penal.

Por lo contrario, entiendo que el legislador al querer plasmar a través de la norma penal una respuesta a la opinión colectiva sobre la realidad conflictiva del multiculturalismo, más que resolviendo el problema se está situando a una distancia demasiado larga de posible solución.

El caso de la MGF es uno de los mayores exponentes del Derecho penal simbólico. A pesar de que el Código Penal ya contaba con una figura delictiva para incriminar la MGF, optó por introducirlo de forma expresa en el mismo, para crear socialmente la conciencia de la antijuridicidad de la MGF⁶²⁸.

627 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Diario La Ley*, 2001, p. 1.

628 Supra: véase la evolución del delito de MGF. Capítulo VII. Epígrafe “Antecedentes”.

6.4. Error de prohibición en el caso concreto de la MGF.

Llegados a este punto, queda considerar si la invocación del error de prohibición es factible en el caso concreto de la MGF. El camino desde el punto de vista penal ha quedado despejado para conducir la cuestión al ángulo del error de prohibición.

El supuesto de hecho para estimar la prevalencia del error de prohibición sería considerar como una certeza que tanto el padre como la madre, o uno de los dos progenitores no ha tenido conocimiento ni sabe que la MGF está prohibida en nuestro país.

En una primera lectura, parece prácticamente imposible que este supuesto pueda darse íntegramente. Toda vez que existen numerosas campañas internacionales que prohíben la MGF, a lo que se suma que esta práctica sea realizada en la clandestinidad, y por supuesto, llama la atención que en todos los supuestos de MGF localizados en nuestro país se ha recurrido, como vía de escape y exención de responsabilidad, a la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, alegando haberse realizado este ritual fuera de nuestras fronteras⁶²⁹.

Así, es difícil hablar estrictamente de un desconocimiento de la norma que prohíbe la ablación en nuestro territorio, y en consecuencia no queda más que considerar como voluntario y consciente la vulneración de la misma.

Excepcionalmente en los casos en los que pudiera apreciarse error de prohibición, por ejemplo invencible como el caso de la madre de la menor mutilada que llevaba poco tiempo en nuestro país⁶³⁰, considero que con el reconocimiento del

629 En el mismo sentido, HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, op. cit., p. 75.

630 Véase que aquí la STS **Tribunal Supremo 835/2012, de 31 de octubre**, que, como se ha visto anteriormente en el estudio del tipo penal, los padres, de origen gambiano, extirpan el clítoris de su hija, siendo ésta bebé de apenas unos meses. *supra*. En este Capítulo, epígrafe 3.2.2

mismo no se está realizando una justificación de la práctica de la ablación, sino más considerar que simplemente se producen los elementos necesarios, en el caso concreto, del error de prohibición: que el sujeto no sea consciente del carácter prohibido de su conducta.

Por lo tanto, en definitiva, a tenor de lo que vengo exponiendo, y de acuerdo con parte de la doctrina, el error de prohibición no puede ser invocado ni alegado como criterio general para la resolución de los casos de la MGF y su complejidad, pues como he señalado anteriormente, la circunstancia de la realización clandestina de la MGF, así como la alegación del principio de extraterritorial, presuponen un suficiente conocimiento de la antijuridicidad de la conducta llevada a cabo ⁶³¹.

Ante la improcedencia de invocar el error de prohibición para los casos de MGF, algunos autores han considerado que pudiera alegarse la *inexigibilidad de otra conducta o exigibilidad disminuida*, como una interpretación más plausible del contexto antro-po-cultural en el que la MGF se determina ⁶³². Y es que al contar sus países de origen con toda o casi toda la tolerancia jurídica “la posibilidad de obrar normativamente está apenas al alcance de muchas familias, educadas en los efectos medicinales, catárticos y morales de la conducta de mutilación genital de niñas. Cuando menos el rigor de la exigencia debe ceder en base a fundamentos de equidad”.

631 Así: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit., p. 199; así como HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, op. cit., p. 75.

632 Cfr: HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, op. cit., p. 75.; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015, p. 608. Para la primera autora señalada en esta nota, “aunque la no exigibilidad es admitida como criterio regulativo general, no ocurre lo mismo a la hora de estimarla causa supralegal, fuera de los supuestos legales de inculpabilidad. Ahora bien, si se estima que puede generar efectos exculpatorios fuera de las hipótesis específicas a las que sirve de genuino fundamento, pocos supuestos responden tan óptimamente al fundamento de la no exigibilidad, y en pocos casos su aplicación estaría mejor justificada”.

Y aunque entiendo que esta solución no es la más adecuada para el caso de la MGF en cuanto supondría la consideración del hecho distintivo cultural al margen de la consideración que acarrea en sí la ablación, pudiera, no obstante, denotar cierta sensibilidad con la madre que recibe a la hija mutilada de manos de su abuela, pero en ningún caso para el padre, que actúa como mero transitador consiente de una norma cultural establecida en su comunidad.

Así las cosas, ante la complejidad a la que nos enfrentamos, mi propuesta aboga por un punto intermedio entre la consideración absoluta del hecho cultural⁶³³ y la asimilación de las culturas al sistema establecido. El criterio para verificar la relevancia del factor cultural, deberá ser sin excepciones, la valoración del bien jurídico lesionado. Así ante ataque a bienes jurídicos como la vida o la integridad física, no podrá quedar impunes so pretexto de una conducta basada en tradiciones culturales. En todo caso, el límite tanto para la MGF como para el resto de delitos culturalmente motivados se hallará con el techo intocable de los Derechos Humanos. El punto intermedio se encuentra, a mi entender, en la posibilidad de valorar cada caso concreto, sin que el factor cultural pueda imponerse como una regla general imperativa que exima de responsabilidad penal en todos los casos, sino como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; que sirviera para atenuar o en su caso agravar la pena en el sentido en la que opera la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal, a simple modo de determinación de la pena.

633 Como el *Cultural defense*.

CAPÍTULO X. OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN A LA CULPABILIDAD EN EL DELITO MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

2.El miedo insuperable.

Aunque de difícil encaje como causa de exculpación por inexigibilidad de la conducta, el miedo, o el temor a la exclusión social es uno de los motivos principales que llevan a los padres a realizar la mutilación genital femenina a sus hijas, al menos en sus países de origen, pues sobre esta base se centra la creencia de que, si no lo hacen así, se producirá radicalmente la exclusión dentro del grupo. Esto se acentúa en el caso de los inmigrantes, pues la exclusión de la sociedad de acogida hace que el miedo a perder el apoyo social y familiar de su grupo de origen y pertenencia les lleve a realizar esta práctica⁶³⁴.

Entonces se puede afirmar que el miedo existe en sí, que de él depende buena parte de que se practique la MGF. La pregunta a realizar es si ese miedo es realmente un miedo insuperable en el sentido que el artículo 20.6 del Código Penal lo contempla, como exención de responsabilidad criminal⁶³⁵.

El miedo insuperable es trazado como una causa de exención de la responsabilidad criminal por cuanto es un estado psíquico que puede llevar, incluso a la paralización total del que lo sufre. Significado en este caso el adjetivo “insuperable” un miedo superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Por ello, la superación del miedo es un requisito objetivo, y por lo tanto, en la medida en que el

634 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes* op. cit., p. 193.

635 Según el artículo 20.6 del Código Penal, está exento de responsabilidad “el que obre impulsado por un miedo insuperable”.

sujeto sea un timorato o muestre una gran cobardía, no podrá apreciarse esta eximente⁶³⁶.

El miedo insuperable ha sido considerado por sector doctrinal como una causa de justificación, lo que no deja de tener su fundamento, pero el componente subjetivo (miedo) de esta eximente hace preferible tratarla en sede de la culpabilidad. Pues a diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad, la razón de la exención es el componente subjetivo (el miedo), no la situación objetiva que la provoca. Por ello, es recomendable apreciar esta eximente y no el estado de necesidad cuando el sujeto, en situación de pánico, lesiona el bien jurídico sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto, o que éste no existía realmente⁶³⁷.

La aplicabilidad de la eximente del miedo insuperable en el caso concreto de la MGF, como apunta Vázquez González, ha sido excluida por la doctrina, pues se constata la ausencia de un miedo o temor capaz de generar “en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse”⁶³⁸.

Y esto ciertamente no ocurre en la MGF, pues los padres, aunque puedan actuar bajo las presiones propias de su grupo si no practican a sus hijas la MGF, este temor no les impide llevar a cabo un juicio racional a través del cual dirimir el juicio que se les plantea. Probablemente en algunos casos actuarán resignados a llevar a cabo esta costumbre, pero se entiende que el estado en el que lo hace no es de pánico que les impida actuar de forma racional⁶³⁹.

636 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, 2015, op. cit., p. 391.

637 Ibidem., p. 391.

638 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes* op. cit., p. 195. En el mismo sentido, JERICÓ OJER, L.: “Conflicto de conciencia y mutilaciones genitales”, *Diario La Ley*, marzo 2007, p. 576.

639 Ibidem., p. 195.

En definitiva, estoy de acuerdo con la doctrina que hasta ahora ha realizado estudios penales sobre MGF, que viene descartando la posibilidad de aplicar esta eximente, pues la ponderación objetiva de los bienes en conflicto, si bien hecha desde la perspectiva del autor y atendiendo a sus circunstancias: edad, sexo, cultura, no permite admitir la exención de responsabilidad por la lesión de la integridad de la mujer para salvar el honor o el respeto a la cultura de procedencia⁶⁴⁰, en detrimento de su salud, integridad física y psíquica y de su dignidad.

2. El estado de necesidad.

No quedan muchas opciones para incardinar la conducta de la MGF en una de las causas de justificación recogidas en el Código Penal. Podría pensarse en el estado de necesidad del artículo 20.5 o bien en el miedo insuperable del artículo 20.6, aunque el encaje es bastante dudoso, como hemos visto.

En cuanto al estado de necesidad, no concurren en relación con la MGF algunos de los requisitos establecidos legalmente para poder apreciar esta causa de exculpación, pues no se da ni la existencia de una situación de peligro ni tampoco la ponderación de intereses en conflicto⁶⁴¹.

En ningún caso entiendo que la mutilación genital femenina pueda ser asimilada al estado de necesidad cuando se trata de una práctica que se realiza más por necesidad de una pertenencia social y reconocimiento. Pues como señala Sanz Mulas,

640 En este sentido: CORCOY BIDASOLO, M., “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1240-1241; TORRES FERNÁNDEZ, E.: op. cit., p. 16; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit., p. 195.

641 Véase: SANZ MULAS, N.: “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11, 2014, op. cit. p. 11.

“es evidente que para los autores de la MGF el interés preponderante es el que “impone su cultura”, mientras que para nosotros es la salvaguarda de la identidad física y psíquica e la mujer”. Una valoración de intereses en conflicto que no puede ser cuestionado ante la gravedad del mal infringido, por lo que no cabe alegar el estado de necesidad como causa de justificación”.⁶⁴² ni de exculpación, si atendemos o no a la valoración de los bienes jurídicos en conflicto.

En los padres de la menor subyace el imperioso poder de la norma cultural que los lleva a la realización de esta práctica a su hija, es decir, una norma cultural llevará a que se produzca un menoscabo en el bien jurídico integridad física de la niña, entendiendo en todo caso que ese daño será más beneficioso que la posible exclusión del grupo a la que pueden ser sometidos. Claro que esto pudiera conducirnos a determinar que los padres actúan bajo un imperioso estado de necesidad, de salvarse. Sin embargo, la cuestión es más compleja, si la ponemos en consideración con las exigencias que el Código Penal prevé para el estado de necesidad.

Así, establece el Código Penal en su artículo 20.5 los siguientes requisitos para apreciar el estado de necesidad:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse⁶⁴³.

Comenzando por el primer punto, se observa que para el caso de la MGF el mal causado es mayor, a mi juicio, que el que se trata de evitar. Si para evitar la exclusión del grupo o una situación de aislamiento hay que lesionar la integridad física de la niña, no se da la premisa de que el mal causado no sea mayor que el que se trate

642 Ibidem: p. 11.

643 Literalidad del artículo 20.5 del Código Penal.

de evitar, como establece el precepto. La valoración de los intereses en conflicto no admite ser cuestionada, y más claramente lo expresa LLABRÉS FUSTER, a quien me adhiero en su razonamiento: “si la operatividad de esa eximente requiere de una ponderación de los intereses y bienes jurídicos en juego (...), no puede haber ninguna duda de la prevalencia de intereses de la mujer mutilada sobre los derechos de sus progenitores a la libertad religiosa y/o de conciencia a decidir sobre el desarrollo de las hijas”.⁶⁴⁴

El segundo punto del artículo 20, cae por sí mismo, puesto que los padres han elegido por sí mismos la acción de mutilar a la menor, no se cumple así el requisito de que no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto.

El tercer punto no cabe alegarlo para el caso de la MGF, pues es referido a sujetos específicos que por su oficio o cargo no tengan obligación de sacrificarse, quedando este ámbito sujeto al margen de los padres de la niña mutilada.

Como puede observarse, No se dan los requisitos legales para apreciar el estado de necesidad en el caso concreto de la MGF. Pudiera plantearse alguna duda respecto de los intereses ponderados en conflicto, pero como hemos indicado anteriormente, la integridad de la menor es un bien jurídico que se superpone a la norma cultural que prescribe la MGF.

Pero si cupiera alguna duda, Vázquez González, trae a colación una serie de argumentaciones jurisprudenciales que desvinculan totalmente el estado de necesidad de la MGF como posible causa de justificación:

“1. La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.

644 Vid. LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español”, op. cit., p. 68. Y también VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes* op. cit., p. 187.

2. El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa.
3. Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que la propugna.
4. En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente⁶⁴⁵.

A la vista de estas previsiones jurisprudenciales se hace todavía más complicado la alegación del estado de necesidad como causa de exculpación/justificación de la MGF.

645 Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Immigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, op. cit. p. 187.

CAPÍTULO XI LA PENALIDAD EN EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

*El legislador no puede seguir permaneciendo
insensible a estos signos
de su tiempo rechazando afrontar de
modo razonable el problema de los conflictos culturales,
a menos que no quiera ser adelantado por la historia.*
De Maglie⁶⁴⁶.

1. La literalidad del artículo 149.2 como marco e itinerario de la penalidad.

Para ir completando la regulación jurídico-penal de la MGF, voy a tratar ahora el tema de la penalidad prevista para este delito⁶⁴⁷. En este sentido, establece el artículo 149.2 lo 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 persona con discapacidad necesitada

⁶⁴⁶ DE MAGLIE, C.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, op. cit., p. 265.

⁶⁴⁷ Sobre la penalidad en el delito de MGF he tenido en cuenta los estudios de -esquema que al igual que para los otros extremos de la teoría del delito- se traduce en un canon no muy extenso de autores: TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, en *Estudios en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL MATEU, J.C, 2005; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “Inmigración, diversidad y conflicto cultural”; ROPERO CARRASCO, J.: en “El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina”, *Revista La Ley*, núm. 5383 de 26 de septiembre de 2001; LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español”, en DE LUCAS MARTÍN, J.: *Europa: derechos, culturas*, Valencia, 2006.

de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

A la vista del precepto comentado, se puede observar cómo la pena es desglosada en dos partes:

La **primera de ella**, es la previsión de la pena de prisión de seis a doce años.

La **segunda de ella**, para el caso de que la víctima sea menor de edad o persona con discapacidad la pena será de "inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz".

A continuación, la analizamos cada una por separado.

2. La pena de prisión de seis a doce años.

La pena de prisión prevista en el artículo 149.2 CP de **seis a doce años de prisión** se sitúa en un marco penal en consonancia con las legislaciones europeas que han aplicado penas específicas para el delito de MGF: catorce años de prisión en Inglaterra, hasta dieciséis años en Italia cuando se cometa sobre menores de edad (doce años incrementados en un tercio), hasta diez en Suecia, hasta 7 años en Bélgica o seis en Dinamarca⁶⁴⁸.

648 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: “Inmigración, diversidad y conflicto cultural”, op. cit, p. 180.

Y como puede observarse, se trata de penas elevadas, en las que se pone en duda si realmente ha sido respetado el principio de proporcionalidad de las penas⁶⁴⁹, y en las que a priori se observa que no se ha tenido en consideración alguna del hecho cultural diferencial.

Para algún sector doctrinal, la pena prevista para la MGF cumple un claro objetivo preventivo y de concienciación de la sociedad. Así, lo expresa literalmente Ropero Carrasco:

“la pena en estos casos está plenamente justificada desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial, pues es preciso establecer en la sociedad (y especialmente en los grupos que la practican) la certeza de que dichas mutilaciones constituyen una grave lesión de bienes jurídicos esenciales, cuya protección ha de prevalecer por encima de un mal entendido respecto a una determinada manifestación cultural”⁶⁵⁰.

Sin embargo, y en contra de esta opinión, entiendo que el Derecho penal en este caso ha sido empleado para establecer un castigo de la máxima severidad posible, convirtiéndose en un recurso inadecuado e ineficaz para el tratamiento de la MGF.

A mi juicio, con la pena de prisión de 6 a 12 años se está creando a la menor víctima de la MGF un daño nuevo e irreparable, como es la separación del núcleo familiar; pasando de ser una niña mutilada a una niña mutilada huérfana, separada de sus padres en un país y entorno en el que a su vez recibe innumerables obstáculos para

649 Sobre el principio de proporcionalidad, véase: ROPERO CARRASCO, L.: “Legitimidad y eficacia del derecho penal: el principio de proporcionalidad”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

650 Vid. ROPERO CARRASCO, J.: El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina”, *Revista La Ley*, núm. 5383 de 26 de septiembre de 2001, op. cit, 2001, p. 1399.

su integración. En el mismo sentido, lo expresa Llabrés Fuster, cuando indica lo siguiente:

“La imposición de penas de prisión a los progenitores implicados comportaría la destrucción del núcleo familiar que podría dejar a las menores en una situación de grave desprotección”⁶⁵¹.

Así, junto al sesgo familiar que se produciría en el caso de ser los padres encarcelados, se encuentra el terrible e injusto imperativo penal previsto en el tipo por el que el marco penal se aplicará con independencia del tipo de mutilación practicada y el resultado producido. Tal y como se encuentra redactado el artículo 149.2 no es posible hablar de una graduación de la pena en función de la gravedad de la mutilación producida, será en todo caso una misma respuesta punitiva, ya se trate de mutilación del Tipo I o del Tipo IV. Más adelante, en los siguientes epígrafes abordaré esta cuestión con una propuesta de *lege ferenda*⁶⁵².

Avanzando un poco más, para completar el análisis sobre la pena prevista para la MGF, entiendo necesario realizar un pequeño estudio comparativo de los artículos 147, 148 y 149 del CP. Comencemos, pues:

El **artículo 147** prevé que “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la **pena de prisión de tres meses a tres años** o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”; por su parte, el **artículo 148** prevé una **pena de prisión agravada de dos cinco años** para las lesiones previstas en el apartado primero del anterior artículo “atendiendo al resultado o riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado, 2.º Si

651 LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español”, en DE LUCAS MARTÍN, J.: *Europa: derechos, culturas*, Valencia, 2006, op. cit., p. 70.

652 *Supra*, Capítulo VII. Epígrafe 1.2.2: “Tipos de MGF”.

hubiere mediado ensañamiento o alevosía, 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; y por último el **artículo 149.2** prevé **pena de prisión de seis a doce años** para castigar el delito de mutilación genital.

Observando estos tres preceptos⁶⁵³, podemos ver cómo el máximo del delito de lesiones está por debajo del mínimo del delito de mutilación genital, cuando estamos ante conductas que pueden considerarse similares⁶⁵⁴. ¿Es que la amputación de un brazo o el corte de una mano es menos grave que la ablación del Tipo I, o del tipo II⁶⁵⁵? No sabemos muy bien lo que el legislador ha pretendido, el castigo desmesurado de la MGF en relación al delito calificado de lesiones es en todo caso temeraria⁶⁵⁶, que no responde a una política criminal-punitiva madura, proporcional y ni mucho menos cuidadosa con la complejidad que acarrea un delito que fundamenta su causa en motivos culturales.

Ante este panorama, mi opinión es contraria al establecimiento de la pena de seis a doce años de prisión para los padres que han mutilado a sus hijas. Las mujeres mutiladas que han llegado a dar a conocer públicamente el drama de la mutilación sufrida, en ningún caso responsabilizan a sus padres. Este extremo me hace constatar

653 Incluidos en el Título III, bajo la rúbrica de “Las lesiones”, del Código Penal.

654 En el mismo sentido de esta reflexión, véase: SERRA-VILA, A: SERRA-VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, Diario *La Ley*, N° 8577, Sección Doctrina, julio de 2015, p. 5.

655 *Supra*, modalidades de MGF por la OMS.

656 De acuerdo con una parte de la doctrina, esta incriminación responde a una lógica asimilacionista por parte del ordenamiento jurídico, tendente a imponer valores como si fueran universales en una sociedad multiétnica, pese a lo cual, no sería necesariamente inconstitucional.

que el hecho cultural se antepone en la mayoría de los casos a la voluntad de los padres, por ello la pena de prisión se presenta para ellos como una medida aplastante, que no sólo acarrea perjuicios para su hija víctima sino también para la imagen de la inmigración en general, etiquetada de salvajismo, bárbaros, incivilizados. Es en definitiva una pena injusta, desproporcional e inmerecida.

3. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Como indicamos anteriormente, la segunda parte de la pena prevista para el delito de MGF responde a la siguiente literalidad:

“para el caso de que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad, la pena será de "inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección".

Como puede observarse, en un primer momento, la redacción dada al precepto con la afirmación “si el juez lo estima adecuado al interés del menor”, determina que su imposición no sea preceptiva siempre que se cometa el delito⁶⁵⁷.

El carácter facultativo de la medida, parece situarse en el plano de la idoneidad si consideramos que sólo a través de un estudio del caso concreto y ponderación del mismo podrá determinarse si procede la medida de inhabilitación de la patria potestad. El interés del menor aparece como el criterio que ha de regir cualquier decisión adoptada al efecto, lo cual me parece un acierto.

657 Vid. TORRES FERNANDEZ, E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, op. cit, p. 7.

Esta posibilidad de valorar por cada juez la procedencia de la medida, choca con la regulación legal de lo anunciado en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que la inhabilitación aparece como un imperativo a seguir por los jueces, como puede verse:

"Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, *se aplicará* la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor".

Y como señala Torres Fernández, "a lo que se añade una discutible consideración de tal medida de inhabilitación como "*absolutamente necesaria* para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones", pues, no siempre la separación de la menor de su familia será necesaria en esos términos y puede suponer, como se señala en la enmienda número 75 de las presentadas en el Congreso, una forma de victimización secundaria"⁶⁵⁸.

Entiendo, siguiendo a Vázquez González que esta pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sólo debería imponerse a aquellos padres que vulgarmente son considerados como "malos padres" vulgarmente hablando, porque descuiden la educación de sus hijos, los maltraten, infrinjan los deberes de alimentarlos y cuidarlos, etc. Porque, "¿Son malos padres los que mutilan genitualmente a sus hijas?"⁶⁵⁹

658 Ibidem., p.26.

659 Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit, p. 181, el autor cita DEWY RORTY, para sentar la relatividad de lo que está mal y lo que está bien, de lo que es bueno y es malo: "EL mal lo menos bien es un bien rechazado. EN las reflexiones y frente a la elección, ningún mal se presenta como tal. Hasta que es rechazado, no es sino un bien que compite. Tras su rechazo, no aparece como un bien menor sino como lo malo de una situación dada. Lo bueno no está alejado del mal. En un sentido, si el bien se basa en el mal: es decir, una buena acción siempre se basa en una acción buena en un tiempo, pero mala si se persistió bajo circunstancias cambiantes".

No olvidemos que los padres que mutilan (o llevan a sus hijas a ser mutiladas) a sus hijas lo hacen siguiendo la tradición de una costumbre social adquirida, que generalmente es aceptada como un “bien” para sus hijas. Pero mutilar no es dejar de cumplir los deberes de un buen padre o de una buena madre. Tampoco es “maltratar” a sus hijas en sentido estricto. Lo que ocurre es que por su manera de concebir la vida, su comportamiento sobre la MGF es para ellos un camino correcto, (aunque equivocado y contrario a los Derechos Humanos y a los Derechos de la infancia y los menores) una pauta a seguir, de la que difícilmente pueden separarse si no es a través de una nueva educación cultural en valores que no vayan en contra de la dignidad de las niñas y mujeres.

4. Toma de postura y propuestas de lege ferenda.

De las reflexiones esgrimidas anteriormente, concentro en este espacio crítico, que conecta la impropiedad del marco penal previsto para la MGF junto al cuestionamiento mismo del papel que ha de adoptar el Derecho penal en el caso de delitos como el que abordamos.

La sanción que el legislador ha previsto para la MGF es bajo mi punto de vista un modo agravadísimo de sancionar una conducta que bien puede quedar subsumida en el delito de lesiones para el que la pena superior no alcanza ni los tres años de prisión; frente a los doce prevista para la MGF. Este intento del legislador de crear una categoría específica de delito de lesiones como es el caso de la MGF y dotarla de una gran carga represiva sólo puede resultar criticable si pretendemos alcanzar una solución justa y proporcional al problema que se nos plantea.

El Código Penal español con esta tendencia incriminatoria está sentando un precedente no válido de lo que es moralmente aceptable en comparación con el resto de sus normas. Parece querer aleccionar -con el azote de la agravación penal- aquellas conductas que encuentran su origen en la cultura, sin caer en la cuenta de que el problema no es ni siquiera la falta de conocimiento de la antijuridicidad o la

prohibición de la conducta sino la propia cultura en sí a la que la mujer mutilada pertenece. Precisamente el Derecho penal ha demostrado ser una herramienta poco útil e inadecuada para cambiar las culturas⁶⁶⁰, ni mucho menos para intentar asimilarla.

En definitiva, finalmente, no quiero cerrar este breve análisis del artículo 149.2 del Código Penal sin aludir al marco penal previsto de seis a doce años, en mi opinión excesivo y desproporcionado⁶⁶¹. El legislador no ha tenido en cuenta la consideración del aspecto cultural que asiste la práctica de la MGF. La criminalización de costumbres culturales a través del Código Penal es normalmente entendida como una oposición directa a las tradiciones que arrastran los inmigrantes, y la tensión producida puede provocar todo lo contrario a lo que se pretende prohibir, una reafirmación de las costumbres que se pretenden evitar⁶⁶².

Tampoco la pena prevista ha tenido en cuenta el daño que se procude a la víctima, en este caso a las niña mutilada, con la encarcelación de sus padres, como se verá en el epígrafe final de este estudio. La respuesta punitiva prevista no responde verdaderamente a una política criminal basada en la previsión de medidas eficaces que conduzcan a la evitación del delito, sino más bien a un intento mostrar a la opinión pública el carácter de orden represor infranqueable de los poderes públicos a través del Derecho penal.

660 En el mismo sentido: SERRA VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, op. cit, p. 11.

661 De la misma opinión, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit, p.180. En contra, ROPERO CARRASCO, J., op. cit, 2011, p. 1399: la autora considera que “en estos casos la pena está plenamente justificada desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial, pues es preciso establecer en la sociedad (y especialmente en los grupos que la practican) la certeza de que dichas mutilaciones constituyen una grave lesión de bienes jurídicos esenciales, cuya protección ja de prevalecer por encima de un mal entendido respecto de una determinada manifestación cultural”.

662 Al respecto, sobre la criminalización de una costumbre cultural u obligación religiosa, vid: CÁMARA ARROYO, S., op. cit, p. 860 y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., op. cit, p. 177.

Sentada la crítica anterior, procede ahora la valoración de su imposición por igual para cualquier tipo de mutilación genital femenina. Como se ha señalado, de la redacción del actual artículo 149.2 del CP se puede ver que para el legislador no importa la entidad del daño producido, por el contrario, castiga con la misma pena el ritual de la ablación en cualquiera de sus tipologías, sin considerar las secuelas para la víctima ni el alcance de la lesión. Es cuando menos una categorización en blanco, una solución punitiva no acorde con gravedad de la lesión y el resultado producido⁶⁶³.

De *lege ferenda* abogo por una graduación de la pena, según el tipo de MGF producida, para ello mi propuesta es tomar como referencia la tipología de MGF elaborada por la OMS y así, según las secuelas para la niña, establecer una pena proporcional al daño producido.

Del mismo modo, de *lege ferenda* apuesto por la eliminación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc, puesto que, a mi juicio, más que beneficiar a la menor, supone un fuerte menoscabo para la misma al sobrevenirse nuevos problemas como la desintegración familiar y la imposibilidad de contar con el apoyo de sus padres en un país para el que -y en el que- siempre será una extranjera.

Y finalmente, para cerrar el tema de la pena, creo conveniente realizar una propuesta de **despenalización en algunos casos**. Más exactamente, se trata de adoptar una solución consecuente con la propuesta de despenalización de algunos casos como vimos a colación del consentimiento⁶⁶⁴ mediante la procedimentalización médica de su práctica. Para estos casos, de *lege ferenda*, por entender que una vez se cumple con sus requisitos, el resultado lesivo se encuentra justificado, propongo la despenalización de

663 En el mismo sentido, LLABRÉS FUSTER, op. cit, p. 82, “la situación legal a la reforma se antojaba en principio más respetuosa con el criterio de proporcionalidad entre la entidad del hecho punible y el quantum de la sanción que debe regir en la regulación penal”; así como VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: op. cit., p. 180, “Con la redacción actual del art. 149 no cabe establecer una graduación de las mutilaciones genitales de acuerdo a su gravedad, son que de forma un tanto inflexible, y en algunos casos, desproporcionada, se impondrá la misma respuesta punitiva, sea cual sea la clase de mutilación genital practicada”.

664 Supra: Capítulo VIII, epígrafe 2.5.

la práctica, sin que socialmente suponga o parezca que el Estado colabora en el enraizamiento de la práctica de la MGF.

CAPÍTULO XII. EL ITER CRIMINIS DEL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

1. Tentativa.

En el estudio del *iter criminis* en el delito de mutilación genital femenina, debemos partir en primer lugar del artículo 15 del Código Penal. Al ser las lesiones delitos de resultado, admiten la tentativa que se establece de forma general en dicho precepto.⁶⁶⁵

En este sentido, dispone el Código Penal en su artículo 16 que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor”.

La tentativa nos sitúa en el supuesto de que el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito, pero éste no ha llegado a consumarse. Para nuestro caso supone que los padres, la abuela, o la persona encargada de la MGF, ha dado comienzo a los actos ejecutivos del ritual de la MGF, pero éste no se produce finalmente; no llega a producirse el corte de los genitales en la menor, en cualquier modalidad de las ya estudiadas.

Como apunta, García García-Cervigón, la noción de tentativa es correlativa al concepto de *iter criminis*, en el que el delito aparece como un proceso desarrollado mediante unas fases cronológicas⁶⁶⁶.

665 Redacción dada conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

666 GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delitos de lesiones y tipos cualificados*, op. cit, p. 237.

Se trata más concretamente de una forma imperfecta de ejecución, que al tratarse las lesiones, y en concreto el delito de MGF, de un delito de resultado, no hay inconveniente para apreciarla.

Son imaginables tanto en los casos en que no se produce resultado alguno como en aquellos casos en que la lesión producida es de menor entidad que la pretendida por el autor⁶⁶⁷.

Así, la tentativa puede ser **acabada e inacabada**⁶⁶⁸. En la primera, el sujeto realiza todos los actos precisos para producir el resultado delictivo, pero éste no se produce por causas ajenas a su voluntad. En la segunda, el sujeto por circunstancias ajenas a su voluntad, sólo realiza parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado típico⁶⁶⁹.

En el caso que nos ocupa de la MGF, la ausencia absoluta en la jurisprudencia sobre MGF de referencias a la tentativa, solo no puede conducir a presentar algún supuesto, que no trasciende del ámbito de la imaginación y que podría, no obstante, servir de referencia en el caso de que en algún momento se diera un supuesto de hecho parecido en la realidad. Así, dada la naturaleza y las características de la acción que constituye la MGF, **podríamos hablar de tentativa de mutilación genital en los dos siguientes casos:**

667 Vid. GÓMEZ RIVERO, C.(Dir): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 73.

668 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 419. El autor explica que la distinción en el Código Penal entre tentativa acabada e inacabada sustituye la antigua distinción entre tentativa y frustración, distinción que se basaba en una diferencia valorativa objetiva entre una figura y otra, según su proximidad a la consumación del delito, que fue finalmente relatividad en la reforma de 1944, que permitió que la atenuación de la pena de tentativa sólo lo fuera, igual que en la frustración, también en grado y que añadió la figura del delito imposible, que podía objetivamente constituir tanto una tentativa como una frustración del delito.

669 Cfr. GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*, op. cit., p. 338.

- 1. Que los padres, abuela, o persona encargada de realizar la MGF a la menor, una vez hayan preparado⁶⁷⁰ el lugar para la realización del ritual, los instrumentos (cuchilla o instrumento para cortar), por razones ajenas a su voluntad, en el momento de producir el corte, éste no se produzca. Cabe imaginar supuestos en los que la menor ante el temor de ser mutilada comience a mover su cuerpo haciendo imposible la tarea de corte, o incluso consiga escapar.

-2. Que la menor sobre la que se va a producir el acto de la mutilación en su mayor grado de gravedad (tipo III⁶⁷¹), comience a sangrar tanto que sea imposible para las personas que van a realizarlo su consumación; llegando a producir un resultado lesivo de menor entidad que el esperado.

No obstante, no se conocen casos en los que se haya producido ninguno de estos dos supuestos. Las MGF que se realizan suelen ser normalmente consumadas.

Por último, observamos que el desvalor de la acción será el mismo que si el delito se hubiera consumado, no obstante, el desvalor del resultado es el que presenta la diferencia: en el delito consumado el desvalor de resultado es mayor, y por lo tanto corresponde una mayor pena, como veremos en las próximas líneas. La pena de tentativa está prevista en distintos preceptos del Código Penal, como puede verse:

- En el artículo 62, se establece: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente para el bien jurídico y el grado de ejecución alcanzado”.

- En el artículo 64, se exceptúan de la regla anterior los casos en que la tentativa se halle expresamente sancionada por ley.

⁶⁷⁰ Vid. infra. Actos preparatorios que en virtud del art. 151 CP son punibles referidos a la MGF.

⁶⁷¹ Supra. Concepto de Infibulación, Capítulo VII, epígrafe 1.2.2.

En los delitos de lesiones y también en la MGF se aplicará la regla general del art. 15 Cp.

2. Consumación.

Establece el artículo 61 del Código penal que cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de infracciones consumadas. Se parte en tal descripción de una concepción formal de consumación o consumación típica, de donde se infiere que la consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos⁶⁷².

Siendo por lo tanto la consumación ese estadio en el que se realizan todos los elementos comprendidos en el delito, de manera que exista una total coincidencia entre los hechos realizados y el tipo delictivo,⁶⁷³ para algunos autores la cuestión central en la consumación radica en la determinación del *ánimus*.⁶⁷⁴

Generalmente en los delitos de resultado como el que abordamos, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo, a

672 Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 412.

673 Vid. GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho penal...*, op. cit, p. 344.

674 Véase GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delitos de lesiones y tipos cualificados*, op.cit, p. 238. La autora recurre a la importancia de la distinción entre un tipo de *ánimus* y otro. Pues como puede verse en el caso STS 2-4-1998, si el ánimo que concurre es *ánimus necandi* y no *ánimus laedendi* puede dar lugar a que se produzca una calificación errónea en el supuesto de que se aprecie el segundo y no el primero pues se sancionó como lesiones consumadas de un delito de homicidio en grado de tentativa acabada, en el que el autor de delitos de lesiones fue sancionado como autor de delitos de lesiones consumadas del artículo 147 y 148. Si bien, el recurso que interpuso el Ministerio Fiscal consiguió que el TS apreciara *ánimus necandi* sancionado por un delito de homicidio en grado de tentativa acabada.

diferencia de los delitos de peligro o de intención en los que cabe hablar de consumación anticipada⁶⁷⁵.

La mayoría de la doctrina coincide en señalar la ausencia de problemas jurídicos en la apreciación de la consumación en del delito de lesiones, tanto en su tipo básico como en el tipo cualificado. Lo que se requiere, en todo caso, es que la lesión, es decir, el resultado producido, reúna cada una de las características del tipo⁶⁷⁶.

En el caso concreto de la MGF, la consumación no presenta grandes problemas, constituyendo el estado en el que se encuentran los casos de MGF hasta ahora enjuiciados por nuestros tribunales.

3. Actos preparatorios.

El art. 151 del Código Penal contempla el castigo de los actos preparatorios, para los que dispone la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente⁶⁷⁷.

En él se establece que “la provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos previstos en los artículos precedentes de este Título, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

675 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015, p. 142.; Y también: GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte General*. Tercera edición adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, Madrid, 2015; MAQUEDA ABREU, M.L y LAURENZO CAPELLO, P.: *El Derecho Penal en casos. Parte General*. Teoría y práctica, Valencia, 2017; ROMEO CASABONA, C.M, SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A.(Coords.): *Derecho Penal. Parte General*, Granada, 2016.

676 Cfr. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delitos de lesiones y tipos cualificados*, op.cit, p. 238. Véase, citada por la autora la STS 10-6-1994, en donde se asienta la tesis de la necesidad de que la consumación no sea anticipada para los delitos de lesiones levísimas.

677 Vid. GÓMEZ RIVERO, C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, op. ci, p. 73.

En principio, y por imperativo legal, sólo lo que, conforme a los criterios de interpretación normativa aplicables a la ley penal, pueda considerarse como “ejecución del delito” y, por lo tanto, del tipo, debe entrar a formar parte del concepto de tentativa. Pero la indeterminación de algunos términos empleados para la definición de la acción típica, de cuya ejecución se trata, dificulta en buena medida la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio del delito⁶⁷⁸.

En el caso de la MGF, cabe preguntarse: ¿es acto ejecutivo preparar la cuchilla para realizar el ritual de la ablación?, ¿es acto ejecutivo llevar a la niña al lugar donde se produce la ablación?, ¿es acto ejecutivo desnudar a la menor y dejarla desprovista de su ropa interior para proceder a la ablación?

Junto a estas preguntas podríamos seguir emitiendo unas cuantas más, para cerciorarnos de que en la praxis jurídico-penal nos enfrentamos a un dilema no difícil de resolver, si no es más que con teoría puramente formal, que nos haga delimitar dónde termina la fase simplemente preparatoria, y comienza la ejecutiva del delito; pues su determinación trae consecuencias para la delimitación de la pena.

La teoría dominante por la que todo depende de la imagen que el autor tiene de los acontecimientos (plan de autor), parece dejarlo todo en manos de cómo sea el criterio del delincuente, de manera que acaba siendo éste quien decide si hay ejecución del delito⁶⁷⁹.

Pero entiendo que cuando el artículo 16.1 del Código Penal emplea la expresión “directamente por hechos exteriores”, está utilizando, para referirse a la ejecución del delito, una referencia directa al plan del autor, estando estos hechos exteriores directamente relacionados con la ejecución del delito. Y al mismo tiempo, se eclipsan así las posibilidades de apreciar los actos preparatorios, que quedan

678 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 417. El autor se pregunta: ¿es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva?

679 Sobre las diferentes teorías, véase: MUÑOZ CONDE, F.: op. cit., p. 418.

ampliamente subsumidos en la ejecución del delito. Esto acarrearía un gran margen de interpretación para el juzgador, y una discriminación cuando menos dotada de inseguridad jurídica de los actos meramente preparatorios.

Por ello, entiendo con Muñoz Conde, que es necesaria una teoría que respete el sentido literal de la acción típica y el principio de legalidad⁶⁸⁰. Y así, extrapolando su ejemplo del homicidio, a nuestro caso de la MGF: si aunque desde el punto de vista del plan del autor (los padres de la menor) decididos a realizar la MGF a su hija, sea acto ejecutivo buscar a la menor y llevarla al lugar de realización de la ablación, o preparar la cuchilla para el corte de los genitales, desde el punto de vista del principio de legalidad tales acciones no pueden considerarse por un observador imparcial como “principio de ejecución” de la acción “mutilar genitualmente”, que es la acción típica de la MGF, y por lo tanto, no constituye tentativa de este delito, sino actos preparatorios, del mismo.

680 MUÑOZ CONDE, F.: op. cit, p. 418.

CAPITULO XIII. PERSEGUIBILIDAD Y DERECHO DE ASILO.

1. MGF, principio de justicia universal y LOPJ.

El principio de territorialidad⁶⁸¹ propio de nuestro Derecho se configuraba como un obstáculo para la persecución de la MGF en cuanto exige que la ley penal sólo se aplique a quienes -españoles y extranjeros- son responsables de los hechos delictivos cometidos dentro del territorio español. Una vez tipificado el delito de mutilación genital en el Código Penal, el legislador español se encontró con la necesidad de arbitrar la perseguibilidad de la MGF de manera que garantizara su castigo aun cuando todos los casos se producían fuera de territorio español⁶⁸².

Hubo que esperar a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) para apreciar un cambio de proceder⁶⁸³, concretamente a través de la LO 3/2005 de 8

681 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015; GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte General*. Tercera edición adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, Madrid, 2015; MAQUEDA ABREU, M.L y LAURENZO CAPELLO, P.: *El Derecho Penal en casos. Parte General*. Teoría y práctica, Valencia, 2017; ROMEO CASABONA, C.M, SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A.(Coords.): *Derecho Penal. Parte General*, Granada, 2016.

682 De hecho, cuando desde las consultas de pediatría del servicio público de salud se descubría algún caso de MGF los padres solían alegar que se había producido en su país de origen, a colación de algún viaje o de las vacaciones. Véase: “Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali”, *El Mundo*, 21 de agosto de 2015. También, para dar cuenta de su práctica en el extranjero, véase: “Fue en el extranjero”, *El Pais*, 12 de junio de 2002.

683 No obstante, con anterioridad a la misma y pese a la rigidez legislativa con que esta cuestión fue abordada, algunos aplicadores del derecho apostaron por realizar una interpretación extensiva y dieron cobertura a las prácticas de MGF realizadas fuera del territorio español. El Fiscal Jefe de Cataluña, José María Mena, anunció que la Fiscalía iba a proceder a perseguir todos los casos de ablación del clítoris, aunque esta práctica se hubiera realizado en el extranjero por residentes en España. Con ello se pretendía evitar que las niñas que residen en España fueran enviadas por sus padres al

de julio que vino a introducir la persecución de la práctica de la MGF, con amparo en el principio de justicia universal, siempre y cuando el presunto responsable se encontrara en España. Claramente, en su *Exposición de Motivos* la Ley indica que: “el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los Derechos humanos”, y añade que: “la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres. Y en esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”.

Esta ley introdujo en su artículo único un nuevo epígrafe, el g). al apartado 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el siguiente tenor: “4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse según la ley penal española como alguno de los siguientes delitos: g) *Los relativos a la mutilación genital femenina siempre que los responsables se encuentren en España*”⁶⁸⁴.

Por lo tanto, a partir de 2005 queda consagrada en nuestro ordenamiento jurídico la perseguibilidad de la MGF aún en el caso de que la conducta típica se haya realizado en el extranjero. Esta posibilidad otorgada por la reforma de la LOPJ debe ser considerada como una nueva excepción al principio de territorialidad que amplía

extranjero para realizar esta práctica que está prohibida en nuestro territorio. Vid. *Diario El País* de 19 de mayo de 2001, bajo el titular “La fiscalía catalana perseguirá la ablación aunque se haga en el extranjero”.

684 De esta manera el anterior apartado g) del artículo 23.4 pasa a ser el apartado h).

en nuestro ordenamiento jurídico el contenido y sentido del principio de justicia universal. Así, la MGF queda integrada entre los delitos que afectan a toda la humanidad⁶⁸⁵. A lo que hay que añadir el acertado criterio de rechazo mundial que provocan estos delitos, considerándolos “como delitos que atentan contra la paz y la seguridad internacional”.⁶⁸⁶

A pesar de que la aplicación de la perseguibilidad presentaba problemas de índole judicial⁶⁸⁷ la inclusión de la MGF en el ámbito de la justicia universal daba respuesta de manera coherente al movimiento internacional que lucha contra la ablación, considerada como una tradición que atenta a los derechos humanos, y más concretamente, a los derechos fundamentales de las menores y mujeres. En este sentido, con la reforma de la LOPJ, queda constatado el esfuerzo de nuestro país en la lucha contra la MGF dando cobertura el legislador español a los mandatos internacionales para la erradicación de la MGF.

Esfuerzo que se reafirmó con la posterior modificación del art. 23.4 de la LOPJ a través de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que a pesar de las limitaciones generales que supuso para el ejercicio de la jurisdicción universal en España, mantuvo intacta la posibilidad de perseguir extraterritorialmente el delito de mutilación genital.

685 Véase: BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, en *La Ley*, Número 7298, 2009, p. 1, el autor utiliza esa expresión para referirse a todos los delitos que quedan amparados por el principio de justicia universal y no sólo la MGF.

686 Cfr: TRILLO NAVARRO, J.P.: “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4g) LOPJ”, en *La Ley*, 2005, núm. 6354, p.7.

687 Véase: TRILLO NAVARRO, J, “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4 g) LOPJ”, op. cit, pp. 27-29, expone los problemas jurídicos que pueden presentarse en aplicación del precepto en sede de jurisdicción universal y aboga por la supresión del requisito de la perseguibilidad y procedibilidad. El inciso último, relativo a la presencia en el territorio español de los responsables entendemos que puede generar disfunciones graves en la aplicación del precepto en sede de Jurisdicción universal, cuya ampliación a estos supuestos de hecho es el objetivo de la reforma que analizamos. Sin perjuicio de lo anterior, también señala el autor que pueden surgir otro grave problema competencial entre la Audiencia Nacional y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

No obstante, el esfuerzo del legislador por sumarse a la corriente internacional de persecución de la MGF, ha quedado sesgado con la nueva modificación de la LOPJ, operada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, que reforma los apartados 2, 4 y 5 de su artículo 23 e introduce un nuevo apartado 6⁶⁸⁸.

Una reforma un tanto contradictoria para el caso de la MGF pues la Exposición de Motivos parece presumir de una sensibilidad especial respecto de los delitos antes no amparados en el ámbito de la justicia extraterritorial como los delitos contra la mujer (entre los que se debe incluir la MGF) y la violencia doméstica, manifestándose literalmente como sigue:

“se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Sin embargo, ha supuesto una auténtica restricción a la persecución de la MGF que queda limitada a unos límites muy concretos y exhaustivos⁶⁸⁹. De manera más exacta la LO 1/2014 ha restringido el ejercicio de la jurisdicción universal por los órganos judiciales españoles a los casos en que existan unos concretos requisitos de conexión con el hecho delictivo -que en cada caso se exigen de manera alternativa o cumulativa-, que suelen ser dos: que su responsable sea español o extranjero con

688 BOE Núm. 63, de 14 de marzo de 2014. Vid <http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf>

689 De la reforma exprés de la LOPJ y su retroceso para la perseguibilidad de la MGF en nuestro país da cuenta la noticia “La reforma de la justicia universal elimina la persecución de la ablación”, recogida en el diario *El País*, con fecha 4.02.2014. Vid: http://politica.elpais.com/politica/2014/02/04/actualidad/1391541477_643255.html

residencia habitual en España; que la víctima sea española; y que se hubiere denegado la extradición de un extranjero por las autoridades españolas⁶⁹⁰.

De esta manera, quedaría frustrada la perseguibilidad para el caso de que el delito de MGF cometido fuera de nuestro país, aún en el caso de que la víctima sea española, si el autor no es español ni se encuentra en España. Además, daría pie a una nueva situación de indefensión para el caso de que la víctima fuera española pero el autor de la MGF no lo fuera y se encontrara fuera de nuestro territorio.

La restricción asumida por la nueva reforma de la LOPJ además de ser contradictoria con la intención proclamada en su Exposición de Motivos, supone una contravención de las convenciones internacionales al respecto. En concreto del reciente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁶⁹¹, que compromete a las partes a asumir las medidas legislativas o de cualquier otra índole necesarias para establecer su competencia respecto a este delito de MGF, entre otros.

Ha sido precisamente la entrada en vigor de tal Convenio en España lo que ha sembrado un punto de inflexión en la excesiva restricción proclamada con la reforma de la LOPJ. No obstante, el impulso interpretativo ha venido de la mano de los Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordaron en noviembre de 2014, por unanimidad, la competencia de los tribunales españoles para perseguir casos de MGF realizados fuera de nuestro territorio en virtud de tal convenio⁶⁹².

690 Véase: MESTRE DELGADO, E.: “Justicia universal (o no)”, *La Ley Penal*, Núm. 108, Sección Editorial, Editorial *La Ley*, p. 2, 2014.

691 Vid. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, publicado en el BOE núm. 137 de 6 de junio de 2014. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

692 De esta noticia da cuenta el portal “*lainformación.com*”, con fecha 03.11.2014, en la que además se informa que de los 21 magistrados que componen la Sala, estaban presentes 20 para analizar, entre otros, el caso de unos padres con residencia en España que permitieron que se practicara la

Sin embargo, asaltan las dudas sobre qué ocurrirá en aquellos casos en los que la MGF se produjo después de marzo y antes de la ratificación del Convenio, y si quedarán impunes estos casos por el principio de la ley penal más favorable.

Todo ello, se dificulta con la añadida exigencia de querrela interpuesta por la víctima o por el Ministerio Fiscal interpuesta por persona agraviada o por el Ministerio Fiscal⁶⁹³, lo que no deja de aportar complejidad a la cuestión y ~~que~~ se agrava para el caso de las víctimas menores de edad⁶⁹⁴.

2. MGF y derecho de asilo.

2.1. MGF y el derecho de asilo en el Derecho Internacional.

La protección que el Derecho internacional debe ofrecer a las mujeres frente a la práctica MGF a través del derecho de asilo es a todas luces inexcusable⁶⁹⁵.

ablación a su hija durante un viaje realizado a **Gambia** en el año 2005. En este caso, la Sala tenía que pronunciarse por la aplicación restrictiva de la nueva Ley de Justicia Universal o por la aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica, suscrito por España y en vigor desde el pasado primero de agosto. De esta manera, la Sala de lo Penal ratifica la decisión del **juez** de instrucción número tres de la Audiencia Nacional Santiago Gómez Bermúdez, que acordó investigar este presunto caso de ablación. Vid. http://noticias.lainformacion.com/policia-y-justicia/juez/ampliacion-los-tribunales-espanoles-podran-perseguir-la-mutilacion-genital-femenina-realizada-fuera-del-pais_kqofZHr5JyY7v1fgg0Guq/

693 Así, la LO 1/2014, de 13 de marzo, establece en el artículo 23.6: “Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.

694 Véase: VALLEJO PEÑA, C.: “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, op. cit, p. 17.

695 Sobre la vinculación entre el derecho de asilo y MGF, véase: BERMEJO CASADO, R.: “Asilo y MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 113-114; GARCÍA RUIZ, Y.: *Derecho de Asilo y*

La estadística migratoria revela con el paso del tiempo también la existencia de un volumen considerable de mujeres que, aprovechando la corriente migratoria, buscan la entrada en un país huyendo de una situación de grave violación de los derechos más esenciales; la esclavitud sexual⁶⁹⁶, el matrimonio forzoso⁶⁹⁷, la esterilización, los embarazos, los abortos forzados, o la mutilación genital femenina⁶⁹⁸.

Mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género, Madrid, 2007: , en MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º. 17, 2008; MORGADEZ GIL, S.: “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 37, 2010; NIETO GARCÍA, A.J.: “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables”, *Diario La Ley*, N.º. 7597, Sección Doctrina, marzo de 2011; SALINAS DE FRÍAS, A.: “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J, ORTEGA TEROL, J.M. (Coords.): *Inmigración y asilo: problemas y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010; PICÓ LORENZO, C.: “La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada”, *Diario La Ley*, N.º 7219, julio de 2009; MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º. 17, 2008.

696 Cfr. PÉREZ ALONSO, E., *El Derecho ante las nuevas formas de esclavitud*, Valencia, 2017.

697 Cfr. CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E., *op. cit.* Valencia 2017, p. 595 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L.: “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.

698 Cfr. SALINAS DE FRÍAS, A.: “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J, ORTEGA TEROL, J.M. (Coords.): *Inmigración y asilo: problemas y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010, p. 96.

Para comenzar, se ha de mencionar el instrumento jurídico internacional que constituye la piedra angular en materia de asilo, cual es la Convención de Ginebra sobre los Refugiados de 1951⁶⁹⁹.

En el contexto europeo, en un primer momento el Parlamento Europeo en la Resolución de 20 de septiembre de 2001, sobre mutilación genital femenina, insta a la Comisión Europea, al Consejo de Europa, así como a los Estados miembros a que tomen las medidas para la protección de las víctimas de esta práctica y se les reconozca el derecho de asilo a las mujeres y niñas que están en riesgo de ser sometidas a la misma⁷⁰⁰.

Cinco años más tarde, el Parlamento Europeo en Resolución de 2 de febrero de 2006, sobre la lucha contra la violencia hacia la mujer en general, entiende en su ámbito de aplicación -aunque no se mencione expresamente en la Directiva del Consejo 2004/83/EC de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional – debe estar incluida la MGF⁷⁰¹.

En este sentido, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en su Nota “Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la

699 Vid. MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Nº. 17, 2008, p. 1. También, véase el estudio sobre el derecho internacional en materia de asilo realizado por: MORGADEZ GIL, S.: “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 37, 2010, pp. 801 y ss.

700 id. NIETO GARCÍA, A.J.: “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables”, *Diario La Ley*, Nº. 7597, Sección Doctrina, marzo de 2011, p. 10.

701 Cfr. BERMEJO CASADO, R.: “Asilo y MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, p. 113.

mutilación genital femenina”⁷⁰², señala que “a una menor o mujer, que busca asilo por haber sido obligada a sufrir MGF, o por resultar probable que lo fuese, se le puede otorgar el estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. En determinadas circunstancias, los padres pueden también acreditar un temor fundado de persecución en el ámbito de la definición de refugiado de la Convención de 1951 en relación con el riesgo de que su hija sufra MGF”⁷⁰³.

Para el Alto Comisionado es inequívoca la consideración de la MGF como una forma de violencia por motivos de género, estando basado el reconocimiento de la MGF como una forma de persecución, en primera instancia, por desarrollos en el Derecho internacional y regional de los Derechos Humanos⁷⁰⁴.

Considera consecuentemente que todas las formas de MGF violan una serie de Derechos Humanos de niñas y mujeres⁷⁰⁵, incluyendo el derecho a la no

702 ACNUR: “Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina”, Ginebra, 2009, <https://mapfgm.eu/wp-content/uploads/2017/04/Guia-Castellano.pdf>

703 Ibidem, p. 4.

704 Véase: COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES: *Recomendación General Núm. 14*: “Circuncisión femenina”, 1990, (A/45/38), disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453882a30.html>; ACNUR, Comité Ejecutivo, *Conclusión sobre los niños refugiados y los adolescentes*, No. 84 (XLVIII), 1997, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c68c.html>; *Informe del Relator Especial sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias: prácticas culturales en la familia que ejerce violencia contra la mujer*, 31 de enero de 2002, (E/CN.4/2002/83), disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d6ce3cc0.html>, paras. 12–20

705 Concretamente se refiere a los siguientes instrumentos: COMITÉ SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES, *Recomendación General Núm. 19*: “violencia contra las mujeres”, 1992, (A/47/38), disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453882a422.html>, paras 6– 9, 11; *Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (CEDAW), Artículo 5; 1989 *Convención sobre los Derechos del Niño* (CRC), Artículos 19, 24(3); *Protocolo a la Carta Africana de los derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de las mujeres en África*, 11 de Julio de 2003, Artículo 5.

discriminación, a la protección frente a la violencia física y mental, a los más altos estándares de salud, y, en los casos más extremos, al derecho a la vida⁷⁰⁶.

2.2. MGF y asilo en el ordenamiento jurídico español.

En nuestro ordenamiento jurídico la **Constitución Española** sienta el reconocimiento del derecho de asilo en nuestras fronteras en su artículo 13.4⁷⁰⁷, con una expresa referencia a la ley.

Se trata de la **Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria**⁷⁰⁸, en la que el derecho de asilo es definido, en su artículo 2, como “la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de su texto y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,

706 ACNUR: “Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina”, op. Cit., Ginebra, 2009, P. 4. La violación de todos esos derechos lleva al Alto Comisionado a considerar la MGF como tortura. La MGF también constituye tortura y tratamiento cruel, inhumano o degradante¹⁵ tal y como ha sido afirmado por la jurisprudencia internacional y la doctrina jurídica, incluyendo muchos de los órganos de supervisión de los tratados de Naciones Unidas,¹⁶ los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos,¹⁷ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

707 El tenor literal del artículo 13.4 de la CE establece: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

708 Sobre el impacto de esta ley en el ámbito de los menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables, véase el estudio de NIETO GARCÍA, A.J.: “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables”, en *Diario La Ley*, N.º. 7597, Sección Doctrina, marzo de 2011; donde se presentan algunas notas sobre el caso de la MGF.

hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”⁷⁰⁹.

Sin embargo, la Ley 12/2009, a pesar de considerar con claridad el derecho de asilo y su ámbito subjetivo de aplicación, no reconoce expresamente la MGF como causa para la obtención de la condición de refugiado, siendo éste un requisito indispensable para obtener el derecho de asilo⁷¹⁰.

La ley fue modificada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciendo en su disposición adicional vigésima novena, lo siguiente:

“Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado en los siguientes términos:

Disposición adicional tercera.

Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género”.

La modificación afecta al apartado 1 del artículo 3 de la Ley reguladora del derecho de asilo, en el que se recogen las causas que justifican la concesión de dicho derecho.

709 Contenido literal, artículo 2. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

710 La condición de refugiado se reconoce, según el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

La modificación viene a extender la protección que otorga el derecho de asilo a las mujeres que tengan un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género. Y lógicamente se ha de entender que ello incluiría los supuestos de mutilación genital femenina⁷¹¹.

No obstante, la jurisprudencia ha sido en buena parte flexible en la interpretación del tenor literal de esta restricción del precepto. Así, un pequeño recorrido por la misma nos aporta una idea del tratamiento de la MGF y el derecho de asilo por nuestros tribunales.

Para ello, analizo a continuación siete sentencias dictadas entre 2004 y 2014, en función de su admisión o inadmisión a trámite, como puede verse a continuación.

2.2.1 Casos de Admisión del Derecho de Asilo.

Por nuestros tribunales se ha estimado el derecho de asilo para el caso de la mutilación genital femenina en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 2014, Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2006 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009.

Por su relevancia y el carácter representativo de los demás casos, me detengo a comentar la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009**.

Examina dos recursos de casación presentados contra la SAN de 24 de marzo de 2006, denegando la condición de asilada a una ciudadana nigeriana que sustentaba su petición en haber sido sometida a MGF de forma no voluntaria y posteriormente ser

711 Vid. GARCÍA RUIZ, Y.: *Derecho de Asilo y Mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Madrid, 2007, p. 49.

destinada a matrimonio forzado⁷¹²; la Audiencia rechaza el asilo, pero admite la petición de permanencia en España por razones humanitarias⁷¹³.

El Tribunal Supremo, accede a conceder el asilo anulando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2003, y consecuentemente declarando improcedente la denegación de asilo llevada a cabo por el Ministerio del Interior mediante Resolución de 11 de abril de 2004.

De esta sentencia merece la pena detenernos en dos de sus Fundamentos de Derecho:

Por un lado, en el **Fundamento Jurídico 7º** el Tribunal valora la situación de indefensión en la que se encuentran las mujeres nigerianas en su propio país frente a la práctica de la mutilación genital femenina. Así, sostiene, que “se tiene en cuenta que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de matrimonios forzados, y que las mujeres no encuentren frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país”.

Por otro lado, en el **Fundamento Jurídico 3º**, el Alto Tribunal plasma el criterio de ACNUR⁷¹⁴ comentado anteriormente sobre la práctica de la mutilación genital femenina, señalando que “existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección afectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital en donde parece que se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo”.

712 Véase: PICÓ LORENZO, C.: “La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada”, *Diario La Ley*, Nº 7219, julio de 2009, p. 3-4.

713 La permanencia en nuestro país por razones humanitarias se fundamenta en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

714 La toma en consideración de los Informes de ACNUR da constancia del alto valor que el Tribunal Supremo otorga al criterio del Alto Comisionado.

2.2.2 Casos de Inadmisión del Derecho de Asilo.

Han rechazado el Derecho de Asilo las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 1ª de 12 de diciembre de 2002, de 10 de febrero de 2004, y de 17 de marzo de 2004. Así mismo, la Sentencia de 10 de octubre de 2006 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, Nº 5, como el Auto del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2008, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

En todos los casos la nota en común es desestimar la petición de asilo alegando “falta de verisimilitud de la alegación”, no reconociendo el estatuto de refugiada a la solicitante, entre otros, por los siguientes motivos: a) no acreditar la identidad por carecer de documentos como el pasaporte; b) falta de credibilidad; c) persecución por parte de “elementos de la sociedad” en lugar de agentes estatales y considerar que podía haberse pedido protección a las autoridades estatales; d) haberse prohibido la mutilación genital femenina por ley⁷¹⁵; y e) considerar que existe una alternativa de huida interna⁷¹⁶.

715 Llama la atención cómo este criterio ha sido tenido en cuenta en las sentencias que admiten el derecho de asilo, precisamente por haber considerado el tribunal, bajo mi punto de vista con buen criterio, que pese a estar prohibida la mutilación genital femenina en Nigeria, se sigue practicando incluso en contra de la voluntad de las mujeres.

716 Véase un estudio más detallado sobre el tratamiento del derecho de asilo por la jurisprudencia: MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº. 17, 2008, p. 7; así como SALINAS DE FRÍAS, A.: “Pertinencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J, ORTEGA TEROL, J.M. (Coords.): *Inmigración y asilo: problemas y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010, pp. 114-123.

2.3. Toma de postura.

La legislación española en materia de asilo no viene a ser del todo consecuente con la situación que viven muchas mujeres víctimas de violencia de género en general y de la mutilación genital femenina en especial. Hay que tomar en serio las experiencias de las mujeres y a partir de las mismas para hacerlas visibles al derecho o bien para crear derechos a su medida”⁷¹⁷.

Parece que nuestro ordenamiento jurídico camina siempre a la espera de una solución internacional sin asumir un compromiso más firme con la violencia que sufren las mujeres en muchos lugares del mundo. A su vez, la generosidad de nuestros tribunales en la interpretación de las soluciones legales más favorables a las solicitantes de asilo por razón de MGF no siempre ha sido uniforme. En ocasiones las solicitudes de asilo, como hemos visto, se han desestimado sin grandes argumentaciones, dudando en el fondo, de la credibilidad de la mujer que argumentaba el terror de la ablación contra su voluntad, o del embarazo forzoso.

Se propone la interpretación extensiva del Convenio de Ginebra desde una perspectiva real de género, pero no como un eslogan político, sino como una verdadera toma en consideración de la violencia a la que temen y de la que huyen las mujeres; que fuera inclusivo -sin ningún tipo de dudas- de las mutilación genital femenina como una causa legítima e inexcusable de protección de asilo.

717 Citado por MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N°. 17, 2008, p. 14.

REFLEXIÓN FINAL. ¿Es el Derecho penal una herramienta idónea para la lucha contra la MGF?

Llegados a este punto, una vez estudiada la respuesta jurídico penal al problema de la MGF, la tendencia de las legislaciones nacionales a la tipificación penal y las medidas que se están articulando a nivel estatal para la prevención, es el momento de preguntarnos si es el Derecho penal es el recurso idóneo para dar respuesta al problema.

En interés de la menor, en este caso mutilada, ¿es acertado y redundante en su protección el hecho de que los padres sean condenados a pena de prisión nada menos que de seis a doce años?. A este respecto, se advierte que uno de los efectos de la criminalización de la MGF y su consecuente castigo penal es la desestructuración del núcleo familiar⁷¹⁸, además, la incriminación de los progenitores puede llevar a una mayor desprotección de la hija⁷¹⁹. Por otro lado, dada la dificultad para probar la implicación del padre en el proceso de la práctica del ritual de la MGF al ser éste “cosas de mujeres”⁷²⁰, llevaría en aplicación de las previsiones jurídico-penales sobre autoría y participación, a la criminalización de las propias madres, que a su vez son víctimas del mismo ritual que sus hijas. Entonces, ¿es justo que las madres, víctimas también de la MGF, se conviertan en las únicas responsables ante la dificultad de probar la implicación de los padres?

718 Véase: FACHI, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho..”, op. cit, p. 162.

719 Véase: ROPERO CARRASCO, J.: “El derecho penal ante la...”, op. cit., pp. 1396 y 1397.

720 Es raro que los hombres intervengan en la transacción o en la ceremonia. Vid. *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Informe de Amnistía Internacional*, Sección Española. “Dossier Informativo de Infomundi, Servicio de Información y documentación sobre el Tercer Mundo, Medicusmundi”, junio de 1996, p.p. 2-3.

En respuesta a estas cuestiones planteadas desde un plano crítico se impone la intervención del Derecho penal en estos casos como inexcusable. No obstante, al mismo tiempo se impone la necesidad de un replanteamiento de la cuestión en el plano penal. La complejidad de la realidad de la MGF debe llevarnos a una aplicación rigurosa del principio de intervención mínima que asiste al Derecho penal; y que se traduce en nuestro objeto de estudio en un refuerzo y obligación de trabajar de manera más eficiente la prevención y la asistencia a las víctimas. Son precisamente ellas, las víctimas menores de edad, quienes requieren de una especial atención que en todo caso exige una respuesta rigurosa, seria y consecuente desde el plano no sólo jurídico sino también moral. La protección de las víctimas no debe detenerse únicamente en la persecución penal. En la lucha contra la MGF se impone un abordaje desde una perspectiva integral⁷²¹.

En mi opinión, se echa en falta en la reforma penal operada para la inclusión de la MGF dentro del Código Penal⁷²², una respuesta mucho más amplia que la tipificación penal, inclusiva de campañas de información general y de un seguimiento de los colectivos afectados, como promovió la Comunidad Internacional. Se advierte cómo la acomodación de las prescripciones europeas e internacionales a nuestro ordenamiento jurídico han redundado en la creación de un tipo penal punitivamente extenso, a modo de medida única, descuidando otras que deberían articularse paralelamente con la justicia penal como *ultima ratio*.

Hasta el momento la escasa jurisprudencia sobre MGF en nuestro país⁷²³, se ha centrado en delimitar si existen causas de justificación, si concurren eximentes de la responsabilidad criminal y si es aplicable el error de prohibición. Al tiempo que se ha consolidado una doctrina jurisprudencial incuestionable hacia la consideración de la

721 Vid. ROPERO CARRASCO, J.: “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales...”, op. cit, p. 385.

722 Supra. p. 16.

723 Véase: SAP de Teruel 26/2011, de 15 de noviembre de 2011 y SAP de Barcelona 42/2013, de 13 de mayo. Sobre el tratamiento de la MGF en la jurisprudencia española, véase: VIDAL GALLARDO, M., op. cit., p. 193 y CÁMARA ARROYO, S.: op. cit, p. 874.

MGF como un acto contrario a los Derechos Humanos (que vulnera gravemente la integridad física y psíquica de la mujer y la niña -que no puede justificarse por razones culturales-), se ha reulado en el contenido cultural y social que asiste a la práctica de la MGF desde una perspectiva demasiado etnocentrista, basada en lo que los valores occidentales creen que debe ser⁷²⁴.

A mi juicio, la simplificación del tratamiento jurídico-penal de la MGF únicamente al criterio de los derechos fundamentales de las mujeres y las niñas nos lleva a la inoperancia del Derecho penal, elevándolo a un duro orden represor que potencia todo lo contrario a lo que pretende evitar, esto es: la realización clandestina de la MGF y la ausencia de su conocimiento y denuncia.

En definitiva, la técnica empleada por el legislador español para la tipificación del MGF así como el problema de la penología que se añade a la complejidad del asunto como un plus de criminalización, nos advierten de que en nuestro país la MGF no ha sido tratada con la amplitud que requiere. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, en España se procedió a la tipificación y sanción de la MGF sin la elaboración de investigaciones criminológicas previas⁷²⁵.

724 CÁMARA ARROYO, S.: op. cit., p. 874.

725 Así lo advierte GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, en “La mutilación genital femenina en Italia...”, op. cit, p. 520. En el mismo sentido: CÁMARA ARROYO, S.: op. cit, p. 860.

CONCLUSIONES

Primera. Sobre la conceptualización de la MGF.

La mutilación genital femenina comprende una serie de prácticas que alcanzan todas ellas a la supresión, total o parcial, de los genitales externos femeninos y que provocan problemas de salud permanentes e irreversibles a quienes la padecen, si bien bajo esa denominación se agrupa un conjunto de actuaciones heterogéneas y de distinto alcance en la salud femenina. El término “mutilación genital femenina” (MGF) utilizado en este trabajo, el conceptualizado por la OMS, no puede entenderse si no es desde una perspectiva crítica en la determinación de las tipologías que *a priori* son de una evidente valoración etnocéntrica, porque descartan y no tienen en cuenta que junto al ritual de la ablación existen otras mutilaciones genitales que son practicadas de manera habitual. La complejidad que acompaña a esta práctica cultural -tanto en sus múltiples facetas como contextos-, requiere de un imprescindible ejercicio de reconceptualización y reubicación de la problemática de la MGF que nos ofrezca la posibilidad de abordarlo desde un conocimiento más profundo y holístico.

Segunda.- Sobre el carácter internacional de la lucha contra la MGF.

No hay duda de que la MGF es un problema de carácter internacional porque las corrientes migratorias arrastran consigo sus costumbres. En la actualidad la MGF es una realidad que afecta a más de 140 millones de mujeres en todo el mundo, y a la que son sometidas en torno a 2 millones de niñas y adolescentes cada año. Sin embargo, no toda tradición es válida o aceptable, sobre todo cuando afecta de manera

directa e imborrable a la integridad física y a la dignidad de la persona. En este sentido, la lucha internacional contra la MGF es absolutamente necesaria a través de instrumentos normativos y herramientas preventivas. Se debe valorar positivamente la sensibilidad de la comunidad internacional con la MGF en el marco amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer, a través de la respuesta ofrecida por las distintas organizaciones internacionales, encabezadas por Naciones Unidas.

La agenda internacional contra la MGF debe tener en cuenta la opinión de las mujeres africanas y del feminismo africano que, tanto dentro de sus fronteras como en la diáspora, llevan a cabo acciones para enfrentar la MGF y prevenirla. Consecuentemente, se deben trabajar otros senderos donde además de los avances preventivos y legislativos de nuestros ordenamientos jurídicos occidentales, sean tenidas en cuenta las propuestas educativas y preventivas que se están desarrollando en África.

Tercera.- Sobre la lucha contra la MGF en nuestro ordenamiento jurídico.

Motivado por un contexto internacional en el que se persigue la práctica de la MGF, en el marco amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer, nuestro Estado ha asumido los compromisos que conllevan la correspondiente tarea del poder legislativo de dar una respuesta idónea a la MGF. Esta preocupación se ha plasmado a través de dos leyes: de un lado, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que modifica el Código Penal y en la que tiene lugar la tipificación de un nuevo delito de mutilación genital; y por otro lado, la L.O 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF. Sin embargo, tras la aprobación de la LO 1/2014 De esta manera, quedaría frustrada la perseguibilidad para el caso de que el delito de MGF cometido fuera de nuestro país, aún en el caso de que la víctima sea

española, si el autor no es español ni se encuentra en España. Además, daría pie a una nueva situación de indefensión para el caso de que la víctima fuera española pero el autor de la MGF no lo fuera y se encontrara fuera de nuestro territorio. La restricción asumida por la nueva reforma de la LOPJ además de ser contradictoria con la intención proclamada en su Exposición de Motivos, supone una contravención de las convenciones internacionales al respecto. En concreto del reciente Convenido del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que compromete a las partes a asumir las medidas legislativas o de cualquier otra índole necesarias para establecer su competencia respecto a este delito de MGF, entre otros.

La reforma del Código Penal para la introducción del delito de mutilación genital debe ser entendida en sentido positivo, pese a que la técnica legislativa considero no es la más adecuada. Si bien, se debe señalar que nuestro ordenamiento no carecía de una auténtica falta de tipos penales para atender la mutilación genital femenina, era posible su castigo por medio de las figuras ya existentes de lesiones. Parece que el legislador introdujo una clara política contra la MGF para engancharse a las prescripciones del Parlamento Europeo, y así en nuestro ordenamiento jurídico la mutilación genital femenina actualmente se encuentra contemplada junto a los delitos contra la integridad física de las personas, como un tipo cualificado de lesiones en el art. 149.2 del Código Penal.

A su vez, la lucha en nuestro ordenamiento jurídico se articula con políticas preventivas, sobre las que es preciso presentar dos observaciones: por un lado, la creación del Protocolo de actuación común sanitaria para la MGF publicado por el gobierno en 2015, debe valorarse de forma positiva. Si bien, su tardía aparición, doce años después de la introducción del tipo penal para la criminalización de la MGF, evidencia un enorme desfase temporal en el que se podría haber trabajado de forma directa la concienciación social en la lucha y la prevención. Por otro lado, es considerado como un aspecto positivo que algunas comunidades autónomas hayan tomado partido por sí mismas en la lucha contra la MGF dotando a sus profesionales de la salud, del ámbito educativo y social, de herramientas para una mejor comprensión de la problemática de la MGF.

Cuarta. - Sobre la mutilación femenina como violencia de género.

La regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la violencia doméstica, choca frontalmente con la regulación europea que encuadra la mutilación genital femenina en el contexto de la violencia doméstica y de género. Resulta inaceptable que la normativa española de ámbito nacional encuadre la MGF únicamente en el ámbito del delito de lesiones negando su inconfundible carácter de género. Esta falta de atención a las prescripciones establecidas por el Parlamento Europeo no beneficia la lucha contra la MGF.

El delito de MGF constituye violencia de género en sí mismo considerado, sin embargo, el peso cultural que subyace a esta práctica -definiéndola en todo caso como un ritual ancestral- nos desvincula de manera absoluta de su consideración como violencia de género en el sentido jurídico-penal que ésta adquiere en nuestro Código Penal. El carácter simbólico que adopta el Derecho Penal en el tratamiento de la MGF, no debe llevarnos a concebir la violencia de género de forma desarraigada de su contexto social y cultural, pues terminaría por convertir eventualmente las políticas para la eliminación de la violencia de género en una herramienta ideológica que daña más todavía a las personas afectadas.

Quinta. - Sobre el delito del artículo 149.2 del Código Penal.

La tipificación penal específica de la MGF en el artículo 149.2 del Código Penal, finalmente se introdujo con la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, justificando la necesidad de tipificar la

mutilación genital femenina en la necesidad de erradicar prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Se aprecia, en primer lugar, la generalidad e indeterminación del precepto, al omitir en su terminología el adjetivo “femenina”, que infiere a la inclusión de las mutilaciones genitales masculina. Sin embargo, el tipo penal debe ser en todo caso reconducido a una interpretación restrictiva y coherente con la política criminal que lo informa y referirse de forma exclusiva al ritual de la ablación.

En segundo lugar, resulta francamente discutible e imprecisa la expresión “*en cualquiera de sus manifestaciones*”, proporcionando un trato por igual a todas las modalidades de MGF. Por el contrario, existen modalidades simbólicas de MGF que no implican una auténtica lesión a la integridad física, de mínima entidad lesiva pero que quedarían bajo el amparo de las lesiones graves del art. 149.2 previsto para la MGF en cualquiera de sus manifestaciones.

La cuestionable formulación realizada por el legislador, que equipara los resultados lesivos de las modalidades más lesivas de MGF (Infibulación) con las ablaciones simbólicas y las modalidades del grupo IV, está claramente motivada por la normativa de la Unión Europea, principalmente a través de la Resolución del Parlamento Europeo de 24 de marzo de 2009, que viene a prescribir el castigo de las formas simbólicas de MGF con el objetivo de erradicar de forma tajante cualquier manifestación de la MGF en el ámbito de la UE. Es en este punto donde se encuentra la mayor fisura del art. 149.2 del Código Penal, dificultando de forma notoria la delimitación de la conducta típica. Su orientación político-criminal viene a invadir y sobrepasar los límites del principio de intervención mínima del Derecho Penal, provocando un exceso punitivo que no favorece bajo ningún concepto el tratamiento jurídico del problema de la MGF. La estrategia político-criminal empleada, lejos de ahondar en la prevención y en criterios de mediación siembra es sesgo del ataque a la cultura “del otro” y a su constante criminalización.

En consecuencia, parece prudente sugerir una interpretación restrictiva del art. 149.2 CP ciñéndose al concepto de mutilación (amputación total o parcial), englobando en él también su vertiente funcional por la que ha de entenderse también la

incapacidad del órgano, así como los daños (lesiones) graves en los genitales femeninos:

Sexta. Sobre las nuevas mutilaciones genitales femeninas.

Junto a la mutilación genital femenina por razones culturales ancestrales existe una nueva tendencia a intervenir los genitales femeninos a través de la cirugía estética, existiendo entre ambas serias y nítidas semejanzas: en ambos casos se produce una modificación o alteración de los genitales de la mujer, en ninguno de los dos casos existen razones médicas que justifiquen la intervención. Y desde luego, de lo que no cabe duda es de que en ambos casos se realizan por motivos culturales, basados en normas sociales y culturales,

Sin embargo, pese a las evidentes similitudes de ambas prácticas, las diferencias en el tratamiento jurídico-penal saltan a la vista. Resulta cuando menos contradictorio que el consentimiento en la mujer adulta que consienta ser mutilada conforme al ritual ancestral no será relevante, sino inválido careciendo de efectos y no excluirá la tipicidad de la conducta que en todo caso constituiría un delito de lesiones del artículo 149.2 del Código Penal; mientras que la mujer que consienta en someterse a una cirugía genital estética, contará con la posibilidad de acogerse al consentimiento informado, y así excluir de cualquier manera la tipicidad de la conducta que no llegaría a constituir en ningún caso un delito de lesiones. En síntesis, la conducta criminal perseguida en nuestro país es la MGF ritual, la consideración de la irrelevancia del consentimiento de la mujer africana que opta de manera voluntaria y libre a realizarse el ritual de la ablación. Mientras que el marco legal que hemos estudiado, es permisivo con cualquier modificación de los genitales femeninos por razones estéticas.

La incongruencia del sistema jurídico-penal en este caso sólo puede resolverse bajo la combinación de nuevos criterios interpretativos que tengan en cuenta la antropología y la ciencia jurídica, que consigan establecer unos mínimos en

común, capaces de comprender el fenómeno cultural y su adaptación a los instrumentos normativos.

Se propone a los juristas y aplicadores del Derecho tener en cuenta la brecha que suscitan las políticas criminales que tejen auténticas fronteras e insuperables tranzando la diferencia entre “las otras” (salvajes africanas cuyas costumbres son bárbaras) y “nosotras” (que condenamos la práctica de las africanas, pero permitimos en nuestras sociedades someter el cuerpo a mutilaciones genitales realizadas en quirófanos).

De lege ferenda la extensión del consentimiento informado para su validez en los casos de MGF que sean elegidas de forma libre, en la que se garantice que el ritual se realizará con un mínimo de garantías médicas, sin que en ningún caso suponga una legitimación oficial de las mutilaciones genitales femeninas por razones de índole cultural.

Séptima. Sobre los delitos culturales y la mutilación genital femenina.

Ante la complejidad que presenta los delitos culturalmente motivados, ofrecer una respuesta desde el punto de vista penal no es sencilla y es necesario establecer límites, cuando menos, al respeto y garantía a los Derechos humanos. Por un lado, no puede caerse en la contradicción de provocar un verdadero aislamiento jurídico si adoptamos la defensa a ultranza de las normas culturales de las minorías étnicas que llegan a nuestro país a través de las corrientes migratorias. Pero tampoco, por otro lado, establecer la sinrazón paternalista del modelo asimilacionista en el que estamos insertos, en cuyo seno únicamente se pretende una integración homogénea a través de un Derecho penal uniforme en el que se evidencia su inadecuación como solución desde el bloque clásico de la Teoría del Delito. Ninguna de las dos opciones ofrece una verdadera solución al problema.

La intervención del Derecho penal debe darse en todos los casos, y lo que verdaderamente debe modificarse es el criterio incriminatorio, que más que encerrarse en categorías estancas de respuestas estándares para todos los casos, debe establecer una política mínima común en la que sea inalterable el respeto a los Derechos humanos. Las expresiones culturales, por lo tanto, deben respetar un mínimo de derechos humanos fundamentales, que deben estar claros para todos los ciudadanos, con independencia de su procedencia o las normas de su cultura.

Ahora bien, la defensa a ultranza de los Derechos Humanos como límite a la invocación de la cultura ante cualquier conducta delictiva, no debe situarnos en la defensa del Derecho penal del enemigo. Todo lo contrario, se propone abogar en todo caso por el respeto a los Derechos Humanos.

En cuanto a la invocación del error de prohibición para el caso de la MGF, el supuesto de hecho para estimar la prevalencia del error de prohibición sería considerar como una certeza que tanto el padre como la madre, o uno de los dos progenitores no ha tenido conocimiento ni sabe que la MGF está prohibida en nuestro país. En una primera lectura, parece prácticamente imposible que este supuesto pueda darse íntegramente. Toda vez que existen numerosas campañas internacionales que prohíben la MGF, a lo que se suma que esta práctica sea realizada en la clandestinidad. En consecuencia, el error de prohibición no puede ser invocado ni alegado como criterio general para la resolución de los casos de la MGF y su complejidad, pues la circunstancia de la realización clandestina de la MGF, así como la alegación del principio de extraterritorialidad, presuponen un suficiente conocimiento de la antijuridicidad de la conducta llevada a cabo.

Ante la improcedencia de invocar el error de prohibición para los casos de MGF, el punto intermedio se encuentra, de lege ferenda, en la posibilidad de valorar cada caso concreto, sin que el factor cultural pueda imponerse como una regla general imperativa que exima de responsabilidad penal en todos los casos, sino como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; que sirviera – a simple modo de determinación de la pena- para atenuar o en su caso agravar la pena en el sentido en la que opera la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal.

Octava.- Sobre la apreciación del dolo y la imprudencia en el delito de mutilación genital femenina.

Respecto del dolo en el caso de la MGF no es posible admitir la concurrencia de un dolo específico, sino más bien incardinarlo en la exigencia del dolo genérico, pues así se desprende de la propia configuración del artículo 149.2 . En todo caso, en la apreciación del dolo en el delito de MGF, lo que se debe considerar es su exigencia no sólo respecto de la acción inicial de causar la lesión en la menor, sino que la imputación a título de dolo deber ser comprensiva de todo el elenco de acciones llevadas a cabo por los padres de la menor, todo ello en respeto siempre del principio de culpabilidad que no conlleve considerar bajo el mismo rasero las distintas formas de imputación subjetiva.

En el caso de la imprudencia, es harto infrecuente o prácticamente imposible filtrar el delito de MGF por la vía de su faceta imprudente, principalmente porque los padres de la menor, en todo caso, realizan una serie de actos y preparativos que conducen a la materialización del ritual de forma inequívoca, con voluntad e intención de realizarlo, como así lo ha constatado la jurisprudencia analizada. No obstante, podría considerarse, muy remotamente, un ápice de imprudencia cuando los padres de la menor pretendan realizar a su hija una modalidad de MGF menos grave que la que finalmente resulta materializada. Lo que a su vez es inviable con el Código Penal en la mano, pues como se ha explicado a lo largo de este trabajo, el artículo 149.2 castiga con la misma pena todas las modalidades de MGF.

Novena. - Sobre la penalidad en el delito de mutilación genital femenina.

La sanción que el legislador ha previsto para la MGF es un modo agravadísimo de sancionar una conducta que bien puede quedar subsumida en el delito de lesiones para el que la pena superior no alcanza ni los tres años de prisión; frente a los doce prevista para la MGF. Este intento del legislador de crear una categoría específica de delito de lesiones como es el caso de la MGF y dotarla de una gran carga represiva sólo puede resultar criticable si pretendemos alcanzar una solución justa y proporcional al problema que se nos plantea.

El Código Penal español con esta tendencia incriminatoria está sentando un precedente no válido de lo que es moralmente aceptable en comparación con el resto de sus normas. El Derecho penal ha demostrado ser una herramienta poco útil e inadecuada para cambiar las culturas. El legislador no ha tenido en cuenta la consideración del aspecto cultural que asiste la práctica de la MGF ni la pena prevista ha tenido en cuenta el daño que se produce a la víctima, en este caso a la niña mutilada, con la encarcelación de sus padres. La respuesta punitiva prevista no responde verdaderamente a una política criminal basada en la previsión de medidas eficaces que conduzcan a la evitación del delito, sino más bien a un intento mostrar a la opinión pública el carácter de orden represor infranqueable de los poderes públicos a través del Derecho penal.

Respecto de su imposición por igual para cualquier tipo de mutilación genital femenina, de la redacción del actual artículo 149.2 del CP se puede ver que para el legislador no importa la entidad del daño producido, por el contrario, castiga con la misma pena el ritual de la ablación en cualquiera de sus tipologías, sin considerar las secuelas para la víctima ni el alcance de la lesión. Es cuando menos una categorización en blanco, una solución punitiva no acorde con gravedad de la lesión y el resultado producido.

De lege ferenda se propone una graduación de la pena, según el tipo de MGF producida, para ello se propone tomar como referencia la tipología de MGF elaborada por la OMS y así, según las secuelas en la niña, establecer una pena proporcional al daño producido.

Del mismo modo, de *lege ferenda* se propone la eliminación de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc, puesto que, más que beneficiar a la menor, supone un fuerte menoscabo para la misma al sobrevenirse nuevos problemas como la desintegración familiar y la imposibilidad de contar con el apoyo de sus padres en un país para el que siempre será una extranjera.

Y finalmente, se propone de *lege ferenda*, se propone la despenalización de la práctica, a través su procedimentalización médica solo para el caso de cumplir de forma simbólica con el ritual bajo control médico y sin dolor; sin que socialmente suponga o parezca que el Estado colabora en el enraizamiento de la práctica de la MGF.

Décima. Sobre otras soluciones paralelas al Derecho penal. La imperante necesidad de un enfoque global y preventivo.

Junto al Derecho penal se deben arbitrar soluciones encaminadas a la prevención de la mutilación genital femenina; que impliquen una conexión y coordinación entre Administraciones Públicas y que avancen en paralelo hacia una solución global.

Está claro que hay que intentar modificar las tradiciones que atentan contra la dignidad y la integridad de la mujer, cualquiera que sea su procedencia; pero la manera en que debe afrontarse este objetivo debe involucrar a absolutamente todos los sectores de la sociedad y todos los niveles de actuación. El recurso a la prohibición y castigo a las costumbres y tradiciones que en occidente consideramos contrarios a los Derechos Humanos no está siendo eficaz, todo lo contrario, produce el resultado completamente opuesto a lo deseado. No basta, como se ha presentado a lo largo de este trabajo, con tipificar en el Código Penal la conducta de la mutilación genital femenina como un delito.

La intervención del Derecho penal es imprescindible, no hay duda; pero se debe valorar el tratamiento de estas conductas desde una globalidad que diseñe y presente de forma previa a las medidas legislativas, programas e itinerarios que

persigan la información, la educación y la creación de una nueva visión de la inmigración por parte de los medios de comunicación y la opinión pública, rechazando la estigmatización a la que las mujeres africanas están sometidas. Los estereotipos y las simplificaciones no contribuyen a ganar la batalla, todo lo contrario, crean grandes sesgos que repercuten de forma negativa en el abordaje de la mutilación genital femenina.

La actuación global que se propone en este trabajo no puede entenderse si no es a través del trabajo conjunto tanto en la sociedad de origen como en la de destino. Que sean escuchadas las mujeres africanas en sus luchas contra la mutilación genital femenina, tanto en sus fronteras como en la diáspora, y al mismo tiempo, que sean tenidas en cuenta las comunidades de destino.

En definitiva, se trata de educar la mirada, sentar las bases para la construcción de una sociedad tolerante sólida, que sea capaz de mirar a “las otras” sin prejuicios, en la que las diferencias enriquezcan y no resten, sin el prejuicio de sentirnos los salvadores de quienes llegan a nuestras fronteras buscando un destino mejor.

BIBLIOGRAFÍA

ABU-SAHLIEH S.A.: “No distinction between male and female circumcision”, *Journal of Medical Ethics*, núm. 21, 1995.

ABDOULATIF YASIN, B.: *¿Lapidación?: Mujer árabe, Islam y Estado*, Galicia, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M.^a: “Tratamiento jurídico y social de la mujer inmigrante víctima: modelo español”, en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm 21, diciembre 2007.

ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 1999.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, 2006.

ACALE SÁNCHEZ, M.^a. Y GÓMEZ LÓPEZ, R.: *Derecho Penal, Género y Nacionalidad*, Granada, 2015.

ACNUR: “Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina”, Ginebra, 2009, <https://mapfgm.eu/wp-content/uploads/2017/04/Guia-Castellano.pdf>

ALHIANI, H.: *Female Genital Mutilation in the Sultanate of Oman*, <https://stopfgmmiddleeast.files.wordpress.com/2014/01/habiba-al-hinai-female-genital-mutilation-in-the-sultanate-of-oman1.pdf>

ALONSO ÁLAMO, M.: “Notas para un tratamiento diferenciador del mal llamado dolus generalis”, en *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en BENÍTEZ OTÚZAR, F.: *Reforma del Código penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI, I*, Madrid, 2008.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº 18, 2012.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho penal y dignidad humana: de la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 18, 2012, p. 6.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.: “Legitimación de la circuncisión masculina y femenina”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 14, 1994.

ALMAZÁN TOMÁS y ORTEGA SÁNCHEZ, “La mutilación genital femenina en África: Mooladé (2004), de Osmae Sembébe”, *Quaderns de cine*, núm. 7, 2011.

ÁLVAREZ DEGRORI, M^a.C., *La mutilación genital femenina y otros demonios*, Barcelona, 2001.

AGIRREGOMEZKORTA IBALUZEA, R.B. (DIR).: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, editado por PAZ Y DESARROLLO ONG, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Las Lesiones I”, en *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Valencia, 2016.

ACNUR.: Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1286>

ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, 2003.

ADAM MUÑOZ, M.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina”, en *Diario La Ley*, nº 6460, Sección Doctrina, 2006.

ÁLAMO ALONSO, M.: *Protección Penal de la Igualdad y Derecho Penal de Género*, en BENÍTEZ ORTÚZAR (coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008.

ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho penal y dignidad humana: de la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 12, 2011.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “La mujer en el marco de los derechos humanos”, 2005.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “La mutilación genital femenina y los Derechos Humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación”, 2005.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: ¿Qué es la mutilación genital femenina?. <http://www.es.amnesty.org/nomasviolencia/sabermas10mgf.php>

AMNISTÍA INTERNACIONAL: “Mutilación genital femenina: todavía 29 países siguen practicando esta forma de violencia contra las mujeres y las niñas”, 5 de febrero de 2015.

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mutilacion-genital-femenina-todavia-29-paises-siguen-practicando-esta-forma-de-violencia-contra/>

ANTON ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en “Homenaje al P. Pereda”, 1965.

ARMAZA GALDÓS.: “La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico”, RDPC, 1998.

ARMENTEROS LEÓN, M, “Aproximación a la regulación de los delitos leves en la próxima reforma del Código Penal”, Diario La Ley, Núm. 8257, Sección Doctrina, 24 de Febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-60, Editorial LA LEY.

ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Delito de Lesiones*, Pamplona, 1993.

ASÚA BATARRITA, A.: “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 18, diciembre 2004.

BAYO, A., GONZÁLEZ, I., ROMÁN, A., RODRIGUEZ, A., GRAU, S., MARINA, S., & TARANCÓN, I., “La mutilación genital en la mujer del siglo XXI”. *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, 46(6), 2003.

BARQUÍN SANZ, J, en *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992.

BARRANCO CASTILLO, E.: “La mutilación genital femenina en cifras y en hechos”, conferencia.

BENEDICTE L. “Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: Planes de acción y medidas de protección de menores. Complementos necesarios para la prohibición legal”, *Cuadernillos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008.

BENHABIB, S., “Otro universalismo, sobre unidad y diversidad de los derechos humanos”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 2008, núm. 39.

BERDUGO DE LA TORRE, *El delito de lesiones*. Salamanca, 1982.

BERDUGO DE LA TORRE, I.: “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Madrid, 2001.

BERISTAIN IPIÑA, A.: “Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971.

BERMEJO CASADO, R.: “La mutilación genital femenina en la legislación europea”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

BERMEJO CASADO, R.: “Asilo y MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

BOIX-ORTS-VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.

BONET STEVA,: *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo del injusto)*, Madrid, 1999.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*, Valencia, 2003.

BORJA JIMÉNEZ, E.: “El fundamento intercultural del Derecho Penal”, *ADPCP*, Vol. LXII, 2009.

BOTANA GARCÍA, G,A.: “Paciente no informada adecuadamente sobre las intervenciones estéticas que se le practicaron”, en *Diario La Ley*, Nº 120, Sección Tribunales, 2014.

BUENO ARÚS, F.: “Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación de la reforma española de 1999”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial núm. 21, Madrid, 2000.

BUJOSA VADELL, L.M.: “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, *La Ley*, Número 7298, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, J, *Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad en la Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

CHANG KCONT, R: “Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la constitución”, en *Revista de Derecho Themis*, núm. 65, 2015.

CÁMARA ARROYO, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del Art. 149.2”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 30, 2014.

CAMPOS ARIAS, A. y ERAZO, E.: “Circuncisión masculina y la utilidad en la prevención de infección por VIH”, en *Duazary. Revista de la Facultad de Ciencias*, 2013, Vol. 10, núm. 1.

CANCIO MELIÁ, M., “Delito de lesiones: consentimiento en la esterilización de incapacitados: Art. 156 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CANCIO MELIÁ.M: “La exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima (“imputación de la víctima”), *RDPC*, 1998.

CANCIÓ MELIÀ, M.: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad penal de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998.

CANCIO MELIÀ, “Delito de lesiones: consentimiento en la esterilización de incapacitados: Art. 156 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

CARBONEL MATEU, J.C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Título III. De las lesiones”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I*, Valencia, 1996.

CARBONELL MATEU, J.C y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, en VV.AA.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2008.

CARNEVALI, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007.

CARVATORTA, G. Y POMPEO, F.: “Economías morales y desarrollo internacional”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

CARUSO FONTÁN, V.: “El bien jurídico protegido en los delitos sexuales. La moral sexual y sus implicaciones en el concepto de bien jurídico”, en *Nuevas perspectivas sobre los delitos de libertad sexual*, Valencia, 2006.

CARUSO FONTÁN, V.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor”, *Revista Penal*, nº 28, 2011.

CASAJONA GUERRERO, M., CARAVACA NIETO, E., y MARTÍNEZ MADRIGAL, M^a.I.: “Una visión global de la mutilación genital femenina”, en *Matronas Profesión*, 2012.

CARMONA SALGADO, C, *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial I*, Madrid 1996.

CARMONA SALGADO, C.: “Delitos de agresión y abusos sexuales: bien jurídico protegido en relación al menor de los supuestos agravados en el art. 180”, *Estudios Jurídicos*, 2006.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: “El multiculturalismo, un desafío para el Derecho penal moderno”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007.

CASTILLO ARA, A.: “La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición”, *Revista de Derecho*, Vol. XXVII, Nº 2, Diciembre de 2014.

COENE, G.: “Diferencias y similitudes entre la circuncisión masculina y la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

COENE, G.: “Las voces de las feministas del Sur en la prevención de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

COENE, G.: “Por qué y cómo involucrar a los varones para contrarrestar la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017

COENE, G.: “Interseccionalidad y estigmatización de las supervivientes de la MGF en la Unión Europea”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

COBO, R. y DE MIGUEL, A.: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infubilación, excisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, AMNISTÍA INTERNACIONAL, Madrid, 1998.

CONSEJO DE EUROPA, Comunitado, 2009: "PACE calls for prohibition and penalisation of gender-based human rights violations", 28/04/2009; disponible online en: <http://assembly.coe.int/ASP/Press/StopPressView.asp?ID=2168>

CORTÉS ARBOLEDA, M.R, y CANTÓN DUARTE, J.: *Malos tratos y abuso sexual infantil*, Madrid, 1997.

CORCOY BIDASOLO, M.: "El límite entre el dolo y la imprudencia", en *RDP*, 1985.

CORCOY BIDASOLO, M.: Relevancia del consentimiento. "El consentimiento y la competencia para la imputación subjetiva y objetiva", *ADP*, 1996.

CORCOY BIDASOLO, M.: "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico", en *Homenaje Prof. Torío*, Granada 1999.

CORCOY BIDASOLO, M., "Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes", *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., "La posición de garante", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2^a época, n^o 6, julio 2000, pp. 11-68.

CUADRADO RUIZ/REQUEJO CONDE, "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 Cp" en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N^o 5072, 9 junio de 2000.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., “¿Cadena perpetua revisable?”, en La Tribuna, publicado en todos los diarios del Grupo JOLY. Diario de Sevilla, Granada Hoy etc. Tribuna de opinión. 20 de marzo de 2009.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Las lesiones” en ZULGADÍA ESPINAR, J.M (dir), *Derecho Penal Parte Especial*, 3^a Ed. Valencia 2010.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., “Violence against women. Forced marriages” en VII IFCCCLGE, Paper Collection, Beijing, 2015.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015*, Madrid, 2016.

CUADRADO RUIZ, M^a Á., “El delito de matrimonio forzado” en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.); *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017. pp. 495-515.

DE DIEGO GONZÁLEZ, A: *Identidades y modelos de pensamiento en África*. Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.

DEGREGORI ÁLVAREZ, M^a.C.: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2001.

DE MAGLIE, C.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías de los modelos penales*, Madrid, 2012.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, Barcelona, 1990.

DE LA MATA BARRANCO.: “El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal, libro homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (edit), Barcelona, 1997.

DÍAZ PITA, M.M, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, Santiago de Compostela, 1997.

DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a.R. (Coords)., *La reforma penal a debate*, Salamanca, 2004.

DIEZ-RIPOLLÉS, J.L, *Los delitos de Lesiones*, Valencia, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, y GRACIA MARTÍN, L (Coords): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomo I, Valencia, 1997.

DIEZ RIPOLLÉS, JL, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual”, en *Estudios de Derecho Judicial*, 21, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L: “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena” , *Diario La Ley*, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, *El Derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981.

DOLZ LAGO, J.: “Ablación de clítoris a una bebé: ineficacia de la invocación del error de prohibición fundado en factores culturales que vulneran Derechos Humanos universalmente reconocidos”, *Diario La ley*, Sección Comentarios de Jurisprudencia, N° 8028, febrero de 2013.

DOYLE, D.: “Ritual circumcision a brief history”, *The Journal of The Royal College of Physicians of Edinburgh*, 2005, Vol. 35/3.

DOVIO, MARIANA A.: “La diversidad cultural y la responsabilidad jurídico-penal”, *Ley, razón y justicia. Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, N° 11, 2010.

ECHEBURÚA, E. y DE CORRAL, P., “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”, *Cuaderno de Medicina Forense*, nº 12, 2006.

El Mundo: “Ablación genital en Colombia es una realidad por afrontar”, 5 de febrero de 2015.

EHRANREICH, N., y BARR, M.: “Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of Cultural Practices”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 4, 2005.

EL SAFTY, M.: “Mujeres egipcias en perspectiva, ¿Derechos o prácticas?”, *Quaderns de la Mediterrania*, 2007, núm. 7.

El Mundo: “Cuatro hermanas sufren una ablación al ir de vacaciones a Mali”, 21 de agosto de 2015.

El País: “Un juez ordena la ablación de cuatro hermanas porque se hizo en el extranjero”, 8 de junio de 2002.

El País, “La fiscalía catalana perseguirá la ablación, aunque se haga en el extranjero”, 19 de mayo de 2001.

ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B.: *El consentimiento en derecho penal*, Madrid, 2014, epígrafe 1, Parte 1, versión online, Portal Tirant Lo Blanc.

FACHI, A.: “Mutilaciones genitales femeninas y derecho positivo”, en DE LUCAS MARTIN, F.J. (Dir.): *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, CGPJ, Madrid, 1999.

FACHI, A.: “El diseño de las leyes sobre MGF en Italia y la importancia de las distinciones”, en DE LUCAS, J. (Coord.): *Europa: derechos, culturas*, Madrid, 2006.

FALCÃO, R.: “Historicidad de la MGF de las agendas ANTI-MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FALCÃO, R., Y CARVALHO, C.: “Etnografías: La MGF y las diferencias culturales”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FALCÃO, R.: “Cómo tratan los Mass Media la MGF; Historias hegemónicas, perspectivas, marcos de significado y el imaginario dominante relativo a la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FAVALI, L. “Female genital mutilation: symbol, tradition, or survival?”, *Blood, land, and sex; legal and political pluralism in Eritrea*, Indiana University Press, 2003.

FELIZ BALLESTA, M^a.A.: “El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (ADEE), XVI, 2000.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. y OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I., “Faltas de lesiones”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Supresión de las faltas y creación de los delitos leves. Modificaciones del Código Penal”, artículo doctrinal, publicado en Editorial Tirant lo Blanch, junio de 2015.

FERNÁNDEZ ROMERO, D. Y NUÑEZ PUENTE, S.: “Mapeo de voces, actores, escenarios y argumentos”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ ROMERO, D. Y THILL, M.: “Relatos culturales masivos: la MGF en el cine y la publicidad”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ ROMERO, D. Y NUÑEZ PUENTE, S.: “La aproximación a la MGF desde la perspectiva de género y la defensa de los Derechos Humanos”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ MONTES, L.: “La dimensión ética”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FERREIRA MONTE, M.: “Multiculturalismo y Derecho penal en el espacio lusófono”, en CORNACCHIA, L., y SÁNCHEZ-OSTIZ, P., (Coord.), *Multiculturalismo y Derecho penal*, Pamplona, 2012.

FOBLETS, M.C.: “Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delinciente. Reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo”, *Anuario de Derecho Penal*, 2006.

FUSACHI, M.: “Algunas formas de MGF del Tipo IV cuyo aspecto dañino es cuestionable”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FUSACHI, M.: “Estatus de las mujeres escisoras/circuncidadoras”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FUSACHI, M.: “Cirugía plástica genital en Europa”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

FUSSACHI, M.: “Humanitarian Bodies: Gender, Moral Economy and Genitals Modifications in Italian Immigration Policy”, en *Cathier d'etudes africaines*, 2015.

FUSACHI, M.: *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, Turín, 2003.

GALDEANO SANTAMARÍA, A., “Delitos de lesiones: art. 147 CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GALLEGRO ÁLVAREZ, M.A., y LÓPEZ, M.I.: “La mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico-legal”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, vol. 16. número 3, 2010.

GALLEGRO SÁNCHEZ, G.: “El principio de justicia universal en el ámbito de la jurisdicción penal española”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, nº 1, 2004.

GARCÍA ÁLVAREZ, P.: “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, *Revista General del Derecho Penal*, nº 20, 2013.

GARCÍA ARÁN, M.: “Prevenir las mutilaciones sexuales”, *El Periódico*, mayo de 2011.

GARCÍA BUENO, MP, *Manual de Prevención de la Mutilación Genital Femenina*, editado por Confederación Nacional de Mujeres en Igualdad, Madrid, 2014.

GARCÍA CASTAÑO, J.M., MURIEL LÓPEZ, C., *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Vol. II. Ponencias, Granada, Laboratorio de estudios Interculturales, 2002.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico ¿violencia intrafamiliar, delito de lesiones o violencia de género?”, *La Ley Penal*, núm. 78, Sección Legislación aplicada a la práctica, enero 2011.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en el contexto legal internacional. Especial referencia al Derecho Penal”, *La Ley Penal*, Nº 83, Sección Estudios, Junio 2011.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “La mutilación genital femenina en Italia: antecedentes criminológicos, políticas de prevención y tutela penal”, *ADPCP*, LXII, 2009.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN.: “El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales”, en *RDPC*, 1996.

GARCÍA RUIZ, Y.: *Derecho de Asilo y Mutilación genital femenina: mucho más que una cuestión de género*, Madrid, 2007.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, M^a.C.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2011.

GARCÍA VALDÉS, C.: “Acerca del delito de pornografía infantil”, en CORTES BECHIARELLI, OCTAVIO DE TOLEDO y GURDIEL SIERRA, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E: *Prólogo al Código Penal*, Madrid, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, E, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990.

GÓMEZ PAVAJEAU, C.A.: “La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Volúmen XXXII, N° 93, julio-diciembre de 2011.

GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte General*. Tercera edición adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, Madrid, 2015.

GÓMEZ RIVERO, C. (Dir): *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte Especial*. Tercera edición adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, Madrid, 2015.

GÓMEZ RIVERO, C.: “Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2013.

GÓMEZ RIVERO, C.: *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2008. Y versión online: Biblioteca virtual Tirant Lo Blanc.

GONZÁLEZ ALARCÓN, E.: “El ritual de la ablación en la novela *Les Soleils des indépendances* y su práctica en el colectivo africano residente en España”, *Gaceta de Antropología*, N°. 27, 2011.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2016.

GÓNZALEZ CUSSAC, J.L , GÓRRIZ ROYO, E , MATALLÍN EVANGELIO, A, Ed. Tirant lo Blanch, marzo de 2015.

GÓMEZ PAVAJEAU, CA, “La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto de derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, volumen XXXIII, número 93.

GUERRA PALMERO, M^a.J.: “Culturas, género: prácticas lesivas, intervenciones feministas y derechos de las mujeres”, en *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, N^o. 38, enero-junio, 2008.

GUERRA PALMERO, A.Y.: “Nuevas tendencias en la interpretación del derecho a la integridad física: la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, sobre consentimiento informado”, *Diario La Ley*, N^o 8140, Sección Tribuna, sept. De 2013.

GUMERSINDO GUINARTE, C. y CASTRO CORREDOIRA, M, “La reforma del delito de lesiones (arts. 147, 152 y 147 CP)”, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*.

GUTIERREZ GUTIERREZ, I.: *La dignidad de la persona y los derechos fundamentales*, Madrid, 2005.

GRACIA MARTIN, “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, en *Actualidad Penal*, 1996.

HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002.

HOSKEN, F.: *The Hosken Report: Genital and Sexual Mutilation of Females*, 1982, p. 54.

IRUJO, J.M^a.: “Cientos de niñas que viven en España son mutiladas sexualmente”, *Diario El País*, 29 de abril de 2001.

JERICÓ OJER, L.: “A vueltas con la mutilación genital femenina (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales?”, *Diario La Ley*, Núm. 8206, Sección Tribuna, 5 de diciembre de 2013.

JERICÓ OJER, L.: “Conflicto de conciencia y mutilaciones genitales”, *Diario La Ley*, marzo 2007.

JESCHECK, H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª. Ed, 1993.

JIMÉNEZ RUIZ, I.: *Enfermería y cultura: las fronteras del androcentrismo en la Ablación/Mutilación genital*, tesis doctoral, 2015.

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, Revista trimestral de Enfermería*, núm. 28 octubre. 2012.

JIMENEZ GARCÍA F.: “La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 de 4 de abril de 2013”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 65, núm 2, 2013.

JOHNSDOTTER, S.: “Projected Cultural Histories of the Cutting of Female Genitalia: A poor reflection as in a mirror”, en *History and Anthropology*, 2012.

JOHNSDOTTER, S. Y BIRGITTA, E.: “Genitals and Ethnicity: The Politics of Genital Modifications”, *Reproductive Health Matters*, 210.

JOMO KEYYATA en *Facing Mount Kenya: The tribal life of the Kikuyu*, Secker and Warburg, Londres, 1938.

JORGE BARREIRO, A.: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990.

KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Definiciones, terminología y tipos de MGF”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

KAPLAN, A Y ALIAGA, N.: “La MGF como tradición y como norma social”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

KAPLAN, A. Y SALAS SEOANE, N.: “Geografías de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017, pp. 65-69.

KAPLAN MARCUSÁN, A.; LÓPEZ GAY, A.: *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España. Fundación Wassu-UAB*, 2012.

KAPLAN MARKUSAN, A. HELENA BEDOYA, M^a., FRANCH BATLLORI, M., MERINO TEJADA, M., en “Avances interdisciplinares en el conocimiento de los procesos de cambio en integración social: la situación de las mutilaciones genitales en España”, presentado como ponencia en el III Congreso sobre la inmigración en España, y recogido en GARCÍA CASTAÑO, F.J y MURIEL LÓPEZ, C. (Eds): *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Granada, 2012.

KAPLAN MARCUSÁN, A., y BEDOYA MURIEL, M^a.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 frente a la violación frente a la violación de los derechos humanos de las mujeres y de las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales*, Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, 2009.

KAPLAN MARCUSAN, A y H. BEDOYA.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica”, en De Lucas (coord.), *Europa, derechos culturas* (Col. Derechos Humanos, núm. 10), Valencia 2006.

KAPLAN, A., P. TORÁN, K. BERMÚDEZ Y M^a. J. CASTANY.: “Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales”, *Migraciones*, núm. 19, 2006.

KAPLAN MARCUSÁN, A. y LOPEZ GAY A. *Mapa de la mutilación genital femenina en España*, julio 2006.

KAPLAN MARCUSAN, A. Y C. MARTINEZ BUENO (coords.): *Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales*, Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona, 2004.

KAPLAN MARCUSAN, A.: “Salud y derechos sexuales y reproductivos en la población senegambiana: tradición, identidad e integración social”, en CHECA, F. (Coord.): *Inmigración y derechos humanos*, Barcelona, 2004.

KAPLAN MARCUSAN, A.: “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género”. *Multiculturalidad. Cuadernos de Derecho Judicial*. Dir. J. DE LUCAS MARTÍN, núm 6, 2001.

KAPLAN MARCUSAN, A.: *La nueva terapia sexual, 1. Tratamiento activo de las disfunciones sexuales*, Madrid, 1974.

KATHAMBI KINOTI: “Mutilación genital femenina y cirugía genital cosmética: ¿Tienen algo en común?”, publicado en *Awid Derechos de las Mujeres*, 10 de febrero de 2011.

KAVITA SHAH, A., and ALLAN J, JACOBS.: “Female genital alteration: a compromise solution”, *Journal of Medical Ethics*, febrero 2016.

KEMPE, C.H, SILVERMAN, F.N, STELE, B.F, DROEGEMUELLER, W, SILVER, H.K.: “The battered child síndrome”, *Journal of the American Medical Association*, 1962.

LA BARBERA, CM.: “Inmigración, hipertrofia del derecho penal y fronteras simbólicas. Un análisis comparado de la legislación europea sobre “mutilación genital femenina”, *Revista General de Derecho Público Comparado* 8, 2011.

LA BARBERA, M^a.C.: “Cuerpo femenino y Diversidad Cultural. El caso de la mutilación genital femenina”, en AGUADO ODINA, T., y DEL OLMO, M. (Editoras): *Educación Intercultural. Perspectivas y propuestas*, 2009.

LA BARBERA, CM.: “Intervenciones sobre los genitales femeninos: entre el bisturí del cirujano plástico y el cuchillo ritual”, *Revista de Dialectología y tradiciones populares*, Vol LXV, nº 2, julio-diciembre 2010.

LA BARBERA, M^a.C.: “El enfoque de la interseccionalidad aplicado a las políticas para la erradicación de la mutilación genital femenina”, en GARCÍA CASTAÑO, F.J., y KRESSOVA, N., (Coords): *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011.

LA BARBERA, M.C, “Mujeres, migración y derecho penal”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio - legal Studies*, Volume 4, Issue 1, 2010.

LLABRÉS FUSTER, A.: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español”, en DE LUCAS MARTÍN, J.: *Europa: derechos, culturas*, Valencia, 2006.

LAMARCA PÉREZ, C, “La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996.

LAMARCA PÉREZ, C.: “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en LAMARCA PÉREZ (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2011.

LAMARCA PÉREZ: *El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual*, La Ley Penal, 2007.

LAURENZO COPELLO, P: “La relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en *Homenaje a Díaz Pita*, Valencia, 2008.

LEE, R.: “Circumcision practice in the Philippines: community based study”, *Sexually Transmitted Infections*, 2005, Vol 81.

LEWNES, A. (Ed.): *Cambiar una convención social: la ablación o mutilación genital femenina*, UNICEF, edición de BERNARD & CO, Siena, 2005.

LEYE ELS : “Consecuencias de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

LEYE ELS: “La prevalencia de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

LEYE ELS: “Enfoque integral hacia el abandono de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

LEYE ELS: “Gestión clínica de la MGF y sus complicaciones”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

LEYE ELS y ALEXIA SABBE.: *Responding to Female Genital Mutilation in Europe: Striking the right balance between prosecution and prevention*, Gante: Centro Internacional de salud reproductiva, 2009.

LYNN M. THOMAS.: “Ngaitana (I will circumcise myself): The Gender and Generational Politics of The 1956 Ban on Clitoridectomy in Meru Kenya”, *Gender and History*, 8, núm. 3, 1996.

LOZANO CARO, I., y NIEVES CRESPO, E.: (Coords): “Guía para profesionales. La mutilación genital femenina en España. Prevención en intervención”, UNAF, 2013.

LÓPEZ ORTIZ, J.: *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

LUZÓN PEÑA, D.M.: “Participación por omisión y omisión de impedir delitos”, en *La Ley*, 1986, núm. 3.

LUZÓN PEÑA, D.M.: “Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causa de exclusión o justificación de la tipicidad penal”, *RGDP*, 2008.

LUZÓN PEÑA, D.M.: “El consentimiento en derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012.

MACÍAS CARO, V.M.: “Los delitos culturales a la luz del derecho a la propia cultura y de los principios constitucionales”, Universidad de Huelva, Tesis Doctoral, junio de 2014.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La supresión de las faltas penales”, en *Diario La Ley*, Núm. 8171, M Sección Tribuna, Año XXXIV, Ed. LA LEY, 16 Oct. 2013.

MAQUEDA ABREU, M.L y LAURENZO CAPELLO, P.: *El Derecho Penal en casos. Parte General*. Teoría y práctica, Valencia, 2017.

MAQUEDA ABREU, M^a.L: “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007.

MAQUEDA ABREU, M.L, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la Ley del Jurado: actas del congreso de Derecho Penal y Procesal*, Sevilla, 11 al 15 noviembre de 1996, Sevilla, 1998.

MAQUEDA ABREU, M.L.: “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 23, 2015.

MAQUEDA ABREU, M.L: “El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres”, en LAURENZO COPELLO, P., y DURÁN MUÑOZ, R. (Coord.); *Diversidad cultural, género y Derecho*, Valencia, 2014.

MAQUEDA ABREU, M.L, en *Diversidad cultural, género y Derecho/* Coord. Patricia Laurenzo Coppello y Rafael Durán Muñoz, Valencia, 2014.

MAQUEDA ABREU, M.L: “El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, número 118, mayo 2016.

MARCHAL ESCALONA, N., La mutilación genital femenina ¿Una nueva forma de esclavitud contemporánea? en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.); *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, 2017. pp. 955-980.

MARCHAL ESCALONA, N.: “La protección en España de las mujeres y niñas inmigrantes frente a la mutilación genital femenina”, en PÉREZ GONZÁLEZ, C. (Coord.): *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Valencia, 2014.

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

MARCOS DEL CANO, A.M^a.: “Los derechos de la mujer y la cultura: ¿un conflicto?”, en MARCOS DEL CANO, A.M^a, (Coord): *Inmigración, multiculturalismo y Derechos Humanos*, Valencia 2004.

MARTÍ, J.: *La cultura del cuerpo*, Barcelona, 2008.

MARTÍNEZ DE PISÓN.: *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, 2001.

MARTINEZ MUÑOZ, J.A, en “Multiculturalismo y estados personales”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2001.

MASTER, W.H., JOHNSON, V.E, y KOLODNY, R.C.;; *La sexualidad humana*, Barcelona, 1995.

MASTERS, W.H., y JOHNSON, V.E.;; *Respuesta sexual humana*, Buenos Aires, 1976.

MEDICUS MUNDI ANDALUCÍA.: MGF y resultados obstétricos: estudio prospectivo en seis países africanos. Trad. A. CAÑO AGUILAR, M. C. MARTÍNEZ, M. D. OCHOA RODRÍGUEZ, Granada, 2008.

MEDICUS MUNDI ANDALUCÍA.: *Mutilación Genital Femenina: más que un problema de salud*, Granada, 2008.

MESTRE DELGADO, E.: “Justicia universal (o no)”, *La Ley Penal*, Núm. 108, 2014. Sección Editorial, Editorial LA LEY.

MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, Valencia, 2014.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, M.I.; “El cuerpo encarnado y las intervenciones sobre la diferencia sexual: mutilaciones genitales desde un enfoque postcolonial”, *Revista de Antropología Social*, 2014.

MICHELA FUSASCHI: “Genitales y construcción del cuerpo de la mujer”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

MIGUEL JUAN, C.: “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N.º. 17, 2008.

MIR PUIG, S, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015.

MONTURIOL, Y.: *El islam y los Derechos Humanos*, Córdoba, 2010.

MORA, L.M y PEREIRA, V.: *Mujeres y solidaridad. Estrategias de supervivencia en el África Subsahariana*, Madrid, 1999.

MORALES PRAT, F, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2015.

MORENO ANTÓN, M.: “La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2011, núm. 15.

MORENO NAVARRO, I.: “Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación”, *Cuadernos de Derecho judicial. Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación*. 1998.

MORENO NAVARRO, I.: “Migraciones y globalización: las nuevas fronteras”, en Ferrero i Gandía, R. (coord.) *Conversaciones antropológicas*, Publicacions de la Universitat de Valencia, Valencia, 2013.

MORENO NAVARRO, I.: “Globalización y cultura”, en Roche Cárcel, J. y Oliver Narbona, M. (eds.) *Cultura y globalización. Entre el conflicto y el diálogo*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2005.

MORENO NAVARRO, I.: “Inmigración, multiculturalismo y ciudadanía”, en VV.AA. *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, Consejería de Relaciones Institucionales de la Junta de Andalucía, 2004.

MORENO NAVARRO, I.: “Derechos Humanos, ciudadanía e interculturalidad”, en Martín Díaz, E. y De la Oña, S. (eds.): *Repensando la Ciudadanía*, Sevilla, 1999.

MORENO NAVARRO, I.: "Religiones, sacralidades laicas y globalización. El papel de las religiones en tiempos de sacralización del Mercado", en Juan José Tamayo Acosta (Dir.): *Religión, género y violencia*, Madrid, 2016.

MORENO NAVARRO, I.: “Los papeles posibles de la antropología en tiempos de globalización”, *Revista Andaluza de Antropología*, nº 1. Asociación Andaluza de Antropología, 2011.

MORGADEZ GIL, S.: “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Núm. 37, 2010.

MONGE FERNÁNDEZ, A, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, número 15, 2010.

MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Barcelona, 2008.

MUÑOZ COMPANY, M^a.J.: “Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de denominación. Jurisprudencia y legislación reciente”, en *Diario La Ley*, N^o 8606, septiembre de 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F.: y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2015.

MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal y Control Social*, Jerez de la Frontera, 1985.

NIETO GARCÍA, A.J.: “Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables”, *Diario La Ley*, N^o. 7597, Sección Doctrina, marzo de 2011.

NICOLE-CLAUDE, M.: “Relativismo cultural, ablación de clítoris y violencia contra las mujeres”, *Revista Arenal*, n^o 4.1, enero-junio 1997.

NUÑO GOMEZ, L. Y THILL, M.: “Nexos entre la MGF y otras prácticas dañinas”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

NUÑEZ PUENTE, S.: “Tabúes, invisibilidades y silencios con respecto a la MGF. El estigma”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

PANIKKAR, R.: *Paz e interculturalidad. Una reflexión filosófica*, Barcelona, 2006.

PÉREZ ALONSO, E.J, “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, pág. 1, 1990.

PÉREZ LUÑO, E, *Derechos humanos. Estado de derecho y constitución*, Madrid, 2010.

PÉREZ MARÍN, M^a.A.: “Sobre el consentimiento del sujeto pasivo en las diligencias de investigación corporal”, CPC, 2008.

PICÓ LORENZO, C.: “La persecución por motivos de género justifica la obtención de la condición de refugiada”, *Diario La Ley*, N° 7219, julio de 2009.

POMPEO, F.: “Perspectivas antropológicas”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *Derecho Penal, parte especial*, Barcelona, 2015..

QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.): *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2016.

RAGUÉS I VALLÉS, R., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2011.

RAMÍREZ CRESPO, M^a.V y CARMONA RUBIO, A.B. (Coord.): “La Mutilación Genital Femenina en España. Prevención e intervención”, Unión Nacional de Asociaciones Familiares (UNAF), Zaragoza, 2011.

RAMÓN RIBAS, E.: *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Navarra, 2013.

REGUEIRO GARCÍA, M^a.T. y PÉREZ ÁLVAREZ, S., (Directs): *Gestión de la Diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014.

RIOS ARENALDI, J.: “El consentimiento en Derecho Penal”, *Política Criminal* núm.1, 2006.

RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., “Crisis y pervivencia de la tortura”, en VV.AA., *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.

RIVERO GONZALEZ, M.: “Multiculturalismo, derecho e identidades nacionales. Reflexiones al hilo de la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, sobre las bodas gitanas”, *Diario La Ley*, septiembre de 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “La cláusula general sobre la comisión por omisión”, en *Homenaje al Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993.

ROMEO CASABONA, C.M^a.: “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, en CEREZO MIR, J, SUÁREZ MONTES, R.F, Y ROMEO CASANOBA, C.M^a (edits): *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor don Ángel Torio López*, Granada, 1999.

ROMEO CASABONA, C.M^a., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A (Coords.): *Derecho Penal, Parte Especial*, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M.A.(Coords.): *Derecho Penal. Parte General*, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, C.M^a: “¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1998.

ROMEO CASABONA, C.M^a: *El médico y el Derecho Penal*, Barcelona, 2011.

ROMEO CASABONA, C, “Los delitos contra la integridad moral y la salud”, en Cerezo Mir y otros, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor don Ángel Torío López*, Granada 1999.

ROMEO MALANDA, S.: “El valor jurídico prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-251, tomo 7.

ROPERO CARRASCO, L.: “La MGF como práctica dañina y violación de los derechos humanos”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

ROPERO CARRASCO, L.: “Legitimidad y eficacia del derecho penal: el principio de proporcionalidad”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

ROPERO CARRASCO, J.: “Aspectos críticos de la penalización de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir.): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

ROPERO CARRASCO, J.: En “El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina”, *Revista La Ley*, núm. 5383 de 26 de septiembre de 2001.

ROPERO 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.

ROPERO CARRASCO, J, “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 34, 2014.

ROXIN, C, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, Madrid.

SALAS SEOANE, N.: “Intervención preventiva de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

SALINAS DE FRÍAS, A.: “Pertenencia a un grupo social y solicitud de asilo: el largo camino para la protección frente a la mutilación genital femenina”, en TRUJILLO PÉREZ, A.J, ORTEGA TEROL, J.M. (Coords): *Inmigración y asilo: problemas y reflexiones al hilo de la nueva Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010.

SANTOS, D., SANTOS, M., y VALER, M.P.: “La circuncisión en el arte religioso”, *Archivos Españoles de Urología*, 2005, Tomo. 58, Número 7.

SANTINHO, C Y BERMEJO CASADO, R.: “Multiculturalismo y Derechos Humanos”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

SANTINHO, C.: “Cooperación internacional y prevención de la MGF”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

SANZ, J., *Psicoerotismo femenino y masculino*, Barcelona, 2011.

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

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “La comisión por omisión en el Código Penal de 1995”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-35, tomo 1.

SASOT M. “Primer juicio en España por ablación del clítoris a una niña”, Noviembre 2011, *Diario La Vanguardia*.

SEGURA GARCÍA.: *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Madrid, 2008.

SELLIN, J.T.: “Culture, conflict and Crime”, Social Science Research Council, 1938.

SERRA-VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, *Diario La Ley*, Nº 8577, Sección Doctrina, julio de 2015.

SERRANO CÁMARA, S.: “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2014.

SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, S., SERRANO TÁRREGA, M.D., Y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2016.

SERRANO GÓMEZ, A (Dir) y C. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, 2007, Madrid.

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*, Núm. 7, 2010.

SERRANO MAÍLLO, A.: *La compensación en Derecho penal*, Madrid, 1996.

SERRANO TÁRREGA, M.^a D.: “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, *Revista de Derecho Uned*, núm. 11, 2012.

SERRANO TÁRREGA, M.^aD.: “Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español”, en: REGUEIRO GARCÍA, M.^a T., y PÉREZ ALVAREZ, S. (Direct): *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, 2014.

SERRA-VILA, A.: “Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, *Diario La Ley*, julio de 2015.

SHERFEY, M.,J: *Naturaleza y evolución de la sexualidad femenina*, Barcelona, 1974.

SHELL-DUNCAN, B. y HERNLUND, Y.: “Female “circumcisión” in Africa: Dimension Of Practice and Debate”, en SHELL-DUNCAN, B. y HERNLUND, Y. (Eds.): *Female “circumcisión” in Africa: Culture, Controversy and Change*, Londres, 2000.

SILVA CUESTA, A.: “El tratamiento jurídico del consentimiento en la Mutilación Genital Femenina: intervenciones rituales vs intervenciones estéticas”, comunicación en el Congreso Internacional “Aspectos socio-culturales y legales de la mutilación genital femenina: experiencias transnacionales de prevención y protección”, Madrid, febrero de 2017.

SILVA CUESTA, A.: “La violencia de género tras la reforma penal de 2015”, en CUADRADO RUIZ, M.^a.A.: *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015*, Madrid, 2017.

SILVA CUESTA, A.: “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, mayo de 2016.

SILVA CUESTA, A.: “Feminismo islámico y fronteras de género”; conferencia impartida en el Instituto Egipcio de la Embajada de la R.A de Egipto, con fecha 3 de mayo de 2015.

SILVA SANCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J.M^a. (Dir.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, J.M, en *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J.M^a.: “Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Tomo 5, Ref. D-313.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La regulación de la imprudencia de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal”, en *Món Jurídic*, mayo/junio 1996.

TAMZALI, W.: *El burka como excusa*, Barcelona, 2010.

TAMARIT SUMALLA, J.M^a., “Las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir): *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Navarra, 2015.

TAMARIT SUMALLA, J.M^a, “Título III. De las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES, G (dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 1999.

TAMARIT SUMALLA, J.M^a.; *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona, 1990.

THE GUARDIAN.: Noticia de la que se hace eco Europapress, 22-7-2014. Vid: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-reino-unido-presenta-nuevas-medidas-acabar-mutilacion-genital-femenina-20140722141827.html>

THIAN, A.: *Speak Out, Black Sisters: Feminism and Oppresion in Black Africa*, Londres, 1986.

THILL, M.: “Leyes penales en África, Oriente Medio y Asia”, en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

THILL, M.: “Autores/a y motivaciones culturales”, en en KAPLAN MARCUSAN, A. y NUÑO GÓMEZ, L. (Dir): *Guía multisectorial sobre Mutilación Genital Femenina*, Madrid, 2017.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, en ponencia ofrecida en el Seminario “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y buenas prácticas en su prevención”, celebrado en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, en *Estudios en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, CARBONELL MATEU, J.C, 2005.

TRILLO NAVARRO, J.P : “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4 g) LOPJ”, *Diario La Ley*, Nº 6354, Sección Doctrina, 8 Nov. 2005.

TURNER, V.: *The forest of Symbols: Aspects of Ndembu Rituals*, Ithaca, 1980.

UNICEF.: *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia, 2005.

UNICEF, *Hoja de datos: Mutilación/excisión femenina*.

ONU-MUJERES.: *Suplemento del Manual de Manual de Legislación sobre violencia contra la Mujer*, 2011.

ORTEGA SÁNCHEZ, I.: *Esculpir el género. Nuevas fronteras de la mutilación genital femenina*, Universitat de les Illes Balears, 2013.

ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ - MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001.

OBEMEYER, C.: “Female Genital Surgery: The Known, the Unknown, the Unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly*, 1999, núm. 13.

ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, *Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001.

PASTOR BRAVO, ALMANSA MARTÍNEZ, BALLESTEROS MESEGUER y PASTOR RODRÍGUEZ.: “Contextualización de la mutilación genital femenina desde enfermería. Análisis videográfico”, *Revista Electronica Trimestral de Enfermería*, en la sección “Enfermería y perspectiva de género”, número 25, 2012.

PORTILLA CONTRERAS, G, en “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, CPC, número 39, 1989.

PROVENCIO-VÁZQUEZ, E., y RODRIGUEZ, A.: “Circumcision revisited”, *Journal Special Pediatric Nursing*, núm. 14.

QUERALT, J.J., *Derecho Penal, Parte Especial, vol. II*, Barcelona, 2015.

REICH, W.: *La función del orgasmo*, Buenos Aires, 1983.

VALERO HEREDIA, A. y Flores, F.: “La respuesta del Derecho frente a las mutilaciones genitales femeninas: Una primera aproximación desde el Derecho Constitucional”, en De Lucas (Coord.), *Europa: derechos, culturas* (Colectivo Derechos Humanos, núm. 10), Valencia, 2006.

VALLEJO PEÑA, C.: “La mutilación genital femenina: otra manifestación de la violencia de género”, en *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 2013.

VALLEJO PEÑA, C.: “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos Universidad de Jaén*, 2014, núm. 14.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes*, Madrid, 2010.

VELASCO ARROYO, J.C: “Derechos de las minorías y democracia liberal. Un debate abierto”, *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre, 2000.

VELASCO JUEZ, C.; “Mutilación genital femenina”. *Mujeres en el África subsahariana. Antropología, literatura, arte y medicina*. Coord. A. MARTÍN y otros. Barcelona, 2001.

VELASCO JUEZ, C.: “Prácticas tradicionales que vulneran los derechos de las mujeres: mutilaciones sexuales femeninas”, en *Revista Matronas Profesión*, N°.1, 2000.

VELASCO MAÍLLO, H.M.: *Cuerpo y espacio. Símbolos y metáfora, representación y expresividad de las culturas*, Madrid, 2007.

VIDAL NAVARRO, M.: “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, *Revista Derechos y Libertades*, número 34, enero 2016.

VIVES ANTON, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, 1996.*

VIVES-BOIX, CARBONELL, ORTS, GONZÁLEZ CUSSAC: *Derecho Penal, Parte especial, 3ª edic., Valencia, 2015.*

WALLEY, C.: “Searching for voices: Feminism, Antropology, and the Global Debate over Female Genital Operations”, *Cultural Anthropology*, 1997.

WEIL CURIEL, L.: “Female Genital Mutilation in France: A Crime Punishable by Law”, en PERRY, S. y SCHENCK, C. (eds): *Eye to Eye: Women Practicing Development across Cultures*, Londres, 2011.

XIOL RÍOS, J.A.: “El consentimiento Informado”, *Revista Española de la Función Consular*, núm 14, julio-diciembre 2010.

ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR.: *Derecho penal. Parte general*, Buenos aires, 2003.

ZAMORA JIMÉNEZ, A.: “Bien jurídico y consentimiento en Derecho penal”, en *Letras Jurídicas*, núm.6, 2008.

ZIPF, *Introducción a la política criminal, traduc. por Izquierdo Macias-Picavea, Madrid, 1979.*

ZUGALDÍA ESPINAR. J.M (Dir): *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración, Valencia, 2006.*

ZUGALDÍA ESPINAR, J,M y MARÍN DE ESPINOSA, E, (dir) *Derecho Penal Parte Especial, Valencia 2011.*

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

STC 154/2002, de 18 de julio.

STC 132/1989, de 18 de junio.

STC 69/2007, de 16 de abril.

STS 835/2012, de 31 de octubre.

STS 411/2000, de 4 de abril de 2000.

STS 336/2009, de 2 de abril.

STS 835/2012, de 31 de octubre.

STS 687 /1996, de 2 de abril.

STS 8/2010 de 8 de enero de 2010.

STS 939/2013, de 16 de diciembre.

STS 399/2014, de 8 de mayo.

SAN 5/2014, de 24 de febrero.

SAN de 24 de noviembre de 2014.

SAN de 21 de junio de 2006.

SAN de 10 de febrero de 2004.

SAP de Barcelona 305/2010, de 11 de mayo.

SAP de Teruel 26/2011 de 15 de noviembre de 2011.

SAP de Barcelona 42/2013 , de 13 de mayo de 2013.

SAP de Barcelona 463/2015 de 26 de mayo de 2015.

SAP de Toledo 9/2015 de 1 de abril de 2015.

SAP de Zaragoza, 115/2014 de 30 de diciembre.

SAP de Les Illes Balears 30/2015 de 4 de marzo de 2015.

SAP 735/2013 de Barcelona, de 29 de octubre.

SAP de Vizcaya de 16 de mayo de 2001.

SAP 674/2005 de Valencia, de 17 de noviembre de 2005.

SAP de Madrid 288/2015 de 9 de julio de 2015.

SAP de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de julio de 2015.

SAP 250/2010 de Madrid 9 febrero 2010.

Auto aclaratorio de la Audiencia de Lleida de 24 de agosto de 2000.

Auto nº 26/2012, de 13 de marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Auto nº 274/2005, de la Audiencia Provincial de Baleares.

Auto nº 24/2004, de la Audiencia Provincial de Girona.

Auto del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014.

Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2009.

ANEXO “MODELO DE COMPROMISO PREVENTIVO”

MODELO DE COMPROMISO DE PREVENCIÓN DE LA MUTILACION GENITAL FEMENINA

Desde el Centro de Salud:

Se certifica que, hasta este momento, en los exámenes de salud realizados a la niña cuyos datos se consignan a continuación, no se ha detectado alteración en la integridad de sus genitales.

NOMBRE	FECHA DE NACIMIENTO de la niña	PAÍS AL QUE VIAJA

Por ello se informa a los familiares/ responsables de la niña sobre las siguientes circunstancias:

- Los riesgos socio- sanitarios y psicológicos que presenta la mutilación genital, y el reconocimiento a nivel internacional que tiene esta práctica como violación de los Derechos Humanos de las niñas.

- El marco legal de la mutilación genital femenina en España, donde esta intervención es considerada un **delito de lesiones** en el Artículo 149.2 del Código Penal, aunque haya sido realizada fuera del territorio nacional (por ejemplo en Gambia, Malí, Senegal, etc.), en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo.

- La práctica de la mutilación genital se castiga con pena de prisión de 6 a 12 años para los padres, tutores o guardadores; y con pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de 4 a 10 años (es decir, los padres no podrían ejercer la patria potestad ni tener consigo a su hija, por lo que la entidad pública de protección de menores correspondiente podría asumir su tutela, pudiendo la niña ser acogida por una familia o ingresar en un centro de Protección de Menores).

- El compromiso de que, al regreso del viaje, la niña acuda a consulta pediátrica/médica de su Centro de Salud para la realización de un examen de salud en el marco del Programa de Salud Infantil.

- La importancia de adoptar todas las medidas preventivas relativas al viaje que le han sido recomendadas por los profesionales de la salud desde los Servicios Sanitarios.

Por todo ello:

- DECLARO haber sido informado, por el profesional sanitario responsable de la salud de la/s niña/s sobre los diversos aspectos relativos a la mutilación genital femenina especificados anteriormente.

- CONSIDERO haber entendido el propósito, el alcance y las consecuencias legales de estas explicaciones.

- ME COMPROMETO a cuidar la salud de la/s menor/es de quien soy responsable y a evitar su mutilación genital, así como a acudir a revisión a la vuelta del viaje.

Y para que conste, leo y firmo el original de este compromiso informado, por duplicado, del que me quedo una copia.

En, a de de 20.....

Firma. Madre/Padre/Responsable de la niña

Firma: Pediatra/ Médico

Actividad post viaje

Cuando la niña vuelve del viaje la intervención continúa. Esta se realizará del modo siguiente en función de si la familia acude o no a la consulta programada:

- A su regreso del viaje, la familia acude al centro de salud para asistir a la visita programada: en este momento, se realizará una evaluación de la actividad preventiva pre-viaje, conversando con la familia sobre cómo ha ido el viaje y preguntando directamente por los temas relativos a la salud de la niña. Se realizará un examen de salud completo de la menor de edad, que incluirá la exploración de los genitales:
 - Si la niña no ha sido mutilada, se trabajará el refuerzo positivo.
 - Si la niña ha sido mutilada, se valorarán cuáles son las consecuencias y de qué índole, y se realizarán las acciones terapéuticas necesarias para paliarlas. Además, se elaborará el parte de lesiones.
 - Si no se permite el examen de la niña, se comunicará a la Entidad Pública de Protección de Menores.
- A su regreso del viaje, la familia no acude al centro de salud para asistir a la visita programada: en este caso será necesaria una actuación coordinada con otros profesionales, como los servicios sociales, para intentar localizar a la familia y que acuda al centro de salud.
 - Si se localiza a la familia, se actuará como en el caso anterior.
 - Si no se localiza a la familia, se comunicará a la Entidad Pública de Protección de Menores.

