

La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española

Female genital mutilation from the Spanish legal perspective

Cristina HERMIDA DEL LLANO¹

Universidad Rey Juan Carlos

crisrina.hermida@urjc.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.15366/bp2017.15.005>

Recibido: 30/05/2016
Aprobado: 15/10/2016

Resumen: La mutilación genital femenina (MGF) abarca todas aquellas actuaciones que alteren o causen lesiones intencionadamente a los órganos genitales femeninos sin que existan razones médicas que las justifiquen. En la actualidad la mutilación genital es una realidad que afecta a más de 140 millones de mujeres en todo el mundo, siendo sometidas en torno a 2 millones de niñas y adolescentes cada año. La práctica de la MGF está tipificada como delito en todos los Estados miembros de la Unión Europea. La actuación del poder legislativo español para dar respuesta a la MGF, en el contexto más amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer a que le obligan los distintos compromisos internacionales contraídos por España, se ha plasmado en la aprobación de dos leyes. La primera de ellas, la L. O. 11/2003, de 29 septiembre, que

¹ Prof^a Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos.

modifica el Código penal, y en la cual tiene lugar la tipificación de un nuevo delito de mutilación genital mediante la nueva redacción dada al art. 149 del Código Penal. La segunda, 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. Aquí se examinará la cobertura legal existente para poner freno a esta práctica violatoria del derecho a la integridad de niñas y mujeres, que pone de relieve una violación de derechos humanos basada en la pertenencia de las víctimas al sexo femenino y al rol social que se les asigna en cuanto tales, violaciones que demandan nuevos instrumentos dirigidos a evitar toda discriminación, entre cuyas modalidades más graves se encuentra la violencia de género.

Palabras Clave: Mutilación Genital Femenina, Violencia de Género, Derechos Humanos, Multiculturalismo, Principio de No Discriminación

Abstract: Female genital mutilation (FGM) encompasses all acts that intentionally alter or cause lesions to the female genital organs without medical reasons to justify them. Today, genital mutilation is a reality that affects more than 135 million women across the world and to which around 2 million children and adolescents are subjected every year. The practice of FGM is proscribed in all member States of the European Union. To combat FGM through the power of legislation in Spain, within the wider context of eliminating the different forms of discrimination against women and in response to specific contractual international obligations incurred by Spain, two laws have been passed. The first of these, L. O. 11/2003, approved September 29th, modifies the Criminal Code, such that a new crime of genital mutilation is defined through a new revision of article 149 of the Criminal Code. The second law, L. O. 3/2005 of July 8th, modifies the Ley Orgánica del Poder Judicial, to permit the extraterritorial prosecution of the practice of FGM. Here we analyze the existing legal protections to put a stop to this practice, which violates the right to personal and physical integrity of girls and women, which highlight a violation of human rights based on the victims belonging to the female sex and to the social role assigned to them, which require new instruments directed to preventing all discrimination, among whose most injurious modalities is gender-based violence.

Keywords: Female Genital Mutilation, Gender-Based Violence, Human Rights, Multiculturalism, Principle of Non-Discrimination

1.- Introducción

Mediante esta contribución pretendemos analizar la terrible práctica ancestral de la mutilación genital femenina (MGF) de la que se tiene constancia en la actualidad en países occidentales como consecuencia de los movimientos migratorios o debido a los periodos de estancia vacacional de niñas y mujeres en los países de origen². La Organización Mundial de la Salud (OMS) calcula que alrededor de 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo han sufrido la mutilación genital, siendo sometidas a dicha práctica en torno a 2

² Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013. Roj: SAP B 4991/2013 - ECLI:ES:APB:2013:4991. Id Cendoj: 08019370092013100024. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Barcelona. Sección: 9. Nº de Recurso: 3/2012. Nº de Resolución: 42/2013. Procedimiento: Sumario. Ponente: JOSE MARÍA TORRAS COLL.

millones de niñas y adolescentes cada año³. Se trata de una práctica con un marcado carácter transfronterizo y se realiza en países muy heterogéneos entre sí, aunque resulta más frecuente en las regiones occidentales, orientales y nororientales de África⁴, llegándose a contabilizar su práctica en alrededor de treinta países de este continente. Asimismo se da en algunos países de Asia y de Oriente Medio como Indonesia, Malasia y Yemen, y entre las comunidades de migrantes y refugiados procedentes de estas zonas en Europa, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos. Según una Resolución del Parlamento Europeo de 2012, al menos, medio millón de mujeres que viven en la Unión Europea han sido víctimas de la mutilación genital y 180.000 corren el riesgo de sufrirla. Precisamente por ello, cada año miles de mujeres y niñas de países en los que se ejecutan mutilaciones genitales femeninas piden asilo en Europa.

Aunque parezca mentira, a pesar de ser una práctica que claramente atenta contra los derechos humanos, constituye una tradición profundamente arraigada en ciertas comunidades y en sus estructuras sociales, económicas y políticas. Escalofriantes en este sentido son declaraciones de hombres y mujeres que declaran en defensa suya ante el juez 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»⁵.

En realidad, el origen de la circuncisión femenina no está del todo claro puesto que como práctica social se remonta a la cristiandad y al islam en los países donde existe, a pesar de que en la actualidad renombrados líderes religiosos han insistido en que la MGF no constituye en absoluto una obligación para el musulmán o cristiano. En épocas pasadas se cree que existió en la preislámica Arabia, en la antigua Roma y en la época de los zares en Rusia. Incluso en Inglaterra parece ser que se practicó durante los siglos XIX y XX en aras de tratar ciertos trastornos psicológicos⁶.

La gravedad de esta práctica justifica la realización de esta contribución. No podemos permanecer indiferentes ante esta realidad que contraviene las normas de los derechos humanos básicos, violando el derecho de integridad física y psíquica de todas las niñas y mujeres que la padecen, obligadas en muchos casos por normas consuetudinarias o culturales que no les permiten escapar a esta brutal tradición.

Aquí trataremos de averiguar qué posición ha adoptado ante esta problemática la legislación española en el ámbito nacional y autonómico, y nos preguntaremos si la respuesta adoptada, desde el ámbito penal, es la correcta para tratar de prevenir, castigar y abolir esta terrible práctica ancestral que incluye un claro trato discriminatorio contra la mujer.

³ vid. Informe de Amnistía Internacional, pp. 2 y 16. *vid. ¿Qué es la mutilación genital femenina?*. <http://www.es.amnesty.org/nomasviolencia/sabermas10mgf.php>.

⁴ Los países donde se practica la MGF incluyen a Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Congo, Costa de Marfil, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Tanzania, Togo, Uganda, Yemen y Yibuti. Según las encuestas MICS de 2011, la tasa de prevalencia de la MGF en Irak es del 8,1%, pero aumenta al 42,8% en la región del Kurdistán (Suleimaniya: 54,3%, Erbil: 57,5%, Kirkuk: 19,9%). *Vid. Iraq -Multiple Indicator Cluster Survey, 2011, Final Report*, Central Statistics Organization, Kurdistan Regional Statistics Office, Ministry of Health, UNICEF, septiembre 2012, disponible en: <http://goo.gl/qKyUJ>

⁵ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 31.10.2012. Roj: STS 7827/2012 - ECLI:ES:TS:2012:7827. Id Cendoj: 28079120012012100900. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 3/2012. Nº de Resolución: 835/2012. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA.

⁶ DELLER ROSS, SUSAN: *Women's Human Rights. The International and Comparative Law Casebook*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008, p. 464-466.

2.- Aproximación conceptual a la MGF

Antes que nada, convendría comenzar aclarando en qué consiste la MGF⁷. En líneas generales, esta práctica consiste en la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales o religiosas o por otros motivos no terapéuticos⁸. Con otras palabras, la MGF abarcaría todas aquellas actuaciones que alteran o causan lesiones de forma intencionada a los órganos genitales femeninos sin que existan razones médicas que las justifiquen. Es indiscutible que la ablación provoca serios e irreversibles problemas para la salud física y psíquica de sus víctimas aunque con un alcance diferente para cada mujer en función de cómo se haya llevado a cabo la práctica en cuestión⁹. Ello se debe a que existen tres variantes en torno a la MGF¹⁰:

- a) la extirpación total o parcial del clítoris -denominada clitoridectomía-;
- b) la extirpación del clítoris y de parte o de la totalidad de los labios menores, lo que se conoce como escisión;
- c) la infibulación, a través de la ablación de los labios mayores para crear superficies en carne viva que después se cosen con el fin de que tapen la vagina, dejando una pequeña abertura para permitir el paso de la orina y de la menstruación.

No deja de sorprender que mujeres de edad avanzada que en su mayoría se ocupan de atender en los partos dentro de la comunidad, aun habiendo sido víctimas en el pasado de esta práctica, practiquen la MGF a otras mujeres. Verdaderamente este dato creo que merecería una reflexión. Los instrumentos de los que se sirven para llevar a efecto el ritual son muy variados pero, en todo caso, estremece saber que manejan cuchillos afilados, tijeras o piezas de cristal, mientras que para sanar las heridas producidas utilizan mezclas de hierbas, tierra, cenizas, estiércol, etc. Parece importarles poco a quienes lo llevan a cabo el hecho más que demostrado de que la MGF lejos de asegurar la pureza o fertilidad, lo que provoca a menudo es, además de infecciones, la infertilidad de la mujer.

Desgraciadamente, el hecho de que este tipo de prácticas estén oficialmente prohibidas por las normas penales de los países de procedencia¹¹ no permite descartar la existencia de

⁷ Expresión oficial utilizada para referirse a la esta práctica por la OMS (Organización Mundial de la Salud).

⁸ <http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev667articulo8.html>

⁹ La Organización Mundial de la Salud distingue, básicamente, tres modalidades distintas relacionadas con la misma:

Tipo I, extirpación del prepucio, con o sin extirpación total o parcial del clítoris.

Tipo II, escisión del clítoris acompañada de la extirpación total o parcial de los labios menores.

Tipo III, extirpación del clítoris, junto con la del resto de los genitales externos y suturación de la vagina, dejando un mínimo orificio para la salida de la orina y el flujo menstrual. Esta modalidad, denominada *circuncisión sudanesa o faraónica* (infibulación), es la más traumática y de consecuencias más graves para la salud de la mujer.

Por último, se suele incluir un IV tipo en el que se incluyen prácticas lesivas más variadas como pinchazos, perforaciones, incisiones y estiramientos del clítoris y o los labios; quemaduras del clítoris y tejidos circundantes, introducción de sustancias corrosivas o hierbas en la vagina que provocan erupciones y quemaduras; abrasión de la piel circundante al orificio vaginal y cortes de la vagina.

Consultado en <http://www.who.int>.

¹⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013, arriba citada.

¹¹ Son así muchos los países africanos y de Oriente Medio que han venido promulgando o adaptando legislaciones que prohíben la MGF, lo que no significa que sean realmente efectivas. Entre ellos, tenemos los ejemplos de Sudán (1941); Sierra Leona (1953); Guinea (1965, actualizada en 2002); República Centroafricana (1966); Somalia (1978); Kenia (1982/2001); Liberia (1984); República de Guinea (1985); Ghana (1994); Yibuti (1995); Burkina Faso (1996); Egipto (1996, por Decreto Ministerial); Tanzania (1998), Togo (1998); Costa de

un peligro real a padecerlas. No debe olvidarse que la MGF se desarrolla en el ámbito privado y, en la mayoría de las ocasiones, con la aquiescencia familiar y social del entorno que rodea a la mujer que la padece, y en el que las autoridades gubernativas, en muchas ocasiones, son incapaces de brindar una protección efectiva contra tal abuso a causa de la propia situación social de las mujeres y por el fuerte arraigo social de las mismas, hasta el punto de que las propias afectadas se ven coartadas a denunciar tales hechos por el rechazo familiar y social que ello supone¹².

La presión para someter a las niñas a la MGF proviene tanto de las familias como de las comunidades situadas tanto en los países de origen como en Europa. La edad a la que se practica la MGF tampoco es fija y oscila de un país a otro. En algunas regiones se lleva a cabo durante la primera infancia (en algunos casos, sólo un par de días después del nacimiento), en otras durante la niñez, con motivo del matrimonio, durante el primer embarazo de la mujer o después del nacimiento de su primer hijo. Esto último, de hecho, ha sido alegado por algunas solicitantes de asilo en España¹³. En todo caso, lo usual es que se practique entre la primera infancia y los 15 años, según ACNUR.

A mi modo de ver, las razones que ayudan a preservar esta práctica brutal se encuentran a menudo en la falta de educación e información de las mujeres que la padecen así como en su status vulnerable en términos económicos y sociales puesto que el matrimonio viene siendo considerado como la única salida social para la mayoría de las mujeres que se ven forzadas a pasar por esta aterradora experiencia.

3.- Concienciación social en España ante la MGF

Uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida, realizadas por el deseo de conseguir una vida mejor por parte de aquellos sujetos que proceden de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida¹⁴.

La sensibilización de la opinión pública en España ante las prácticas tradicionales atentatorias contra la salud y el bienestar de las mujeres ha ido aumentando, sobre todo, a raíz de la llegada regular de personas de muy distintos orígenes, teniendo en cuenta que Europa se ha convertido en destino cualificado de la inmigración en el contexto más amplio y complejo de la globalización.

Marfil (1998); Senegal (1999); Mauritania (2001); Benín (2003); Níger (2003); Eritrea (2007); Egipto (2008); Uganda (2010); Nigeria (2015).

¹² Ello justificó que la recurrente no hubiese denunciado estos hechos ante las autoridades competentes y se le reconociera el derecho de asilo y la condición de refugiada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 21.06.2006. Roj: SAN 2734/2006 - ECLI:ES:AN:2006:2734. Id Cendoj: 28079230032006100403. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 3. Nº de Recurso: 1076/2003. Procedimiento: CONTENCIOSO. Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE.

¹³ Vid. Sentencia en apelación de 23.06.2010. Roj: SAN 3185/2010 - ECLI:ES:AN:2010:3185. Id Cendoj: 28079230042010100400. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso. Sede: Madrid. Sección: 4. Nº de Recurso: 176/2010. Procedimiento: CONTENCIOSO – APELACION. Ponente: ANA MARIA SANGÜESA CABEZUDO.

¹⁴ Así lo pone de relieve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013, ya citada.

No puedo dejar de reproducir un pasaje de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de trece de mayo de dos mil trece¹⁵ puesto que revela la posición de nuestro país ante este atropello a los derechos humanos, que aparece a menudo amparado bajo distintas perspectivas por los que tratan de legitimarlo como práctica cultural: «Un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico que comporta el fenómeno propio del flujo migratorio evidencia uno de los problemas que desde la vertiente penal no pueden quedar sin respuesta: el conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad.

Así las cosas, se suscita una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre.

No obstante, el Estado no puede admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual».

Concretamente, la presencia de la MGF en España se detecta inicialmente en comunidades de inmigrantes africanos asentados en Cataluña y donde los distintos agentes sociales en contacto con la población que mantiene esas prácticas han elaborado una estrategia de actuación para su evitación con un marcado carácter preventivo en el ámbito policial, sanitario, educativo, y a través de los Servicios Sociales pertinentes¹⁶.

Lo cierto es que la mutilación genital de las menores practicada en territorio español, y que llegó por primera vez a juicio¹⁷, fue descubierta gracias a la implementación de los protocolos de prevención del riesgo de tales prácticas execrables que la Generalitat de Catalunya tiene aprobados desde el año 2001 para prevenir y erradicar dicha práctica, lo que incluye, amén de una campaña de concienciación y sensibilización dirigida a los grupos de riesgo, las revisiones ginecológicas periódicas de las niñas cuyos padres pertenecen a las etnias africanas de riesgo. Asimismo, estudios contrastados y avalados indican que la dispersión territorial de los inmigrantes en España y, en Cataluña en particular, ha contribuido a que no se formen guetos ni grandes concentraciones ni aislamiento social que dificulte su integración y adaptación social en la sociedad de acogida. En este sentido, en Cataluña son conocidas las campañas institucionales realizadas con respecto a los

¹⁵ Roj: SAP B 4991/2013 - ECLI:ES:APB:2013:4991. Id Cendoj: 08019370092013100024. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Barcelona. Sección: 9. Nº de Recurso: 3/2012. Nº de Resolución: 42/2013. Procedimiento: Sumario. Ponente: JOSE MARIA TORRAS COLL.

¹⁶ Sobre los protocolos destinados a prevenir la mutilación genital en las comunidades autónomas pioneras en el abordaje de esta realidad *vid.* LUCAS, B.; "Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores, complementos necesarios a la prohibición legal". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2008, http://www.uv.es/CEFD/17/blucas_prevention.pdf.

¹⁷ Resuelto en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013, ya citada. La Sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 8.05.2014 se refiere a otro supuesto similar de condena a los padres a seis años de prisión por cada uno de los delitos cometidos, al haberles extirpado a sus dos hijas menores el clítoris, incurriendo en consecuencia en dos delitos de mutilación genital femenina por haber sido realizados los actos delictivos en España. Roj: STS 2026/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2026. Id Cendoj: 28079120012014100383. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1904/2013. Nº de Resolución: 399/2014. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO.

denominados "Nouvinguts". Asimismo en el Instituto Dexeus de Barcelona se ofrece la reconstrucción del clítoris a todas aquellas mujeres inmigrantes que han sufrido una ablación parcial con el fin de devolver la sensibilidad a este órgano de la mujer¹⁸.

4.- Respuesta del legislador español frente a la MGF

La actuación del poder legislativo español para dar una adecuada respuesta a la MGF, en el contexto más amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación contra la mujer a que le obligan los distintos compromisos internacionales contraídos por España, se ha plasmado en la aprobación de dos leyes que podemos decir parten de la convicción de que si bien España se ha convertido en un Estado de acogida para personas procedentes de otros países, con otras costumbres, tradiciones y creencias, sin embargo, el respeto a tales costumbres y tradiciones tiene un límite allí donde se produzcan comportamientos aberrantes e inaceptables para nuestro entorno cultural. A ese fin responde la tipificación de estas conductas como delictivas y además, como quiera que en la mayoría de ocasiones son los padres o los familiares directos de las víctimas quienes las obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes es por lo que se ha previsto la inhabilitación especial, con naturaleza de pena principal, para proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

La primera reforma llega con la L. O. 11/2003, de 29 septiembre, que modifica el Código penal, y en la cual tiene lugar la tipificación de un nuevo delito de mutilación genital mediante la nueva redacción dada al art. 149 del CP. Dicho artículo describía un tipo agravado de lesiones en atención a su entidad, a los cuales se equipara el nuevo resultado lesivo expresamente descrito. Su texto, en vigor desde el 1 de octubre de 2003, es el siguiente:

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

De este modo mediante la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, se incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico penal, como nuevo delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación, con su tipificación en el art. 149.2 del C. Penal, puesto que conforme a su Exposición de Motivos, se entiende que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento jurídico debe

¹⁸ Este tipo de cirugía se realiza por primera vez en España por el doctor del departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción del Instituto Dexeus, Pascual Soldevilla. El doctor Pascual aprendió la técnica de reconstrucción del clítoris en el Hospital Bichat-Claude Bernard de París, trabajando a las órdenes del cirujano que fue el precursor de este método que ha hecho posible la regeneración genital femenina. Dicha técnica viene avalada por los excelentes resultados obtenidos en la intervención de más de mil mujeres que han sufrido una mutilación del clítoris. Cualquier mujer que haya sufrido una ablación, que se encuentre en edad adulta, y que sea consciente de la pérdida de su vida sexual es susceptible de ser operada. Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013 ya citada con anterioridad.

dar adecuada respuesta y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas constituye una práctica que debe combatirse, y ser erradicada, con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales¹⁹.

La otra reforma ha sido la llevada a cabo por 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 mutilación genital femenina. Su texto añade un nuevo apartado g) al artículo 23.4 de la LOPJ con el siguiente tenor: «Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España». Su objetivo es evitar la impunidad de tales hechos cuando se realizan en los países de origen de las familias de las niñas aprovechando un viaje de vacaciones, si bien, a pesar de la habilitación de tal cláusula legal para perseguir esos hechos cuando se realizan fuera del territorio nacional, no alcanza a salvar las dificultades materiales de la investigación del hecho imprescindible para acreditar su comisión y determinar la responsabilidad correspondiente.

Es interesante hacer notar que, conforme explica la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de seis de mayo de dos mil quince²⁰, se introdujo expresamente en el art. 23.4 LOPJ la referencia a “vínculos de conexión”, fundamentalmente, debido a los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando. Esta reforma la lleva a cabo la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art 23.4 de la LOPJ, exigiendo para el ejercicio de la Jurisdicción Universal, la concurrencia de una conexión nacional o un vínculo relevante que relacione a España con el hecho perseguido. De tal manera que a partir de dicha reforma el art. 23.4 LOPJ declara lo siguiente:

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 española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los Tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional Humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España²¹ y, en

¹⁹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013, anteriormente citada.

²⁰ Roj: STS 2046/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2046. Id Cendoj: 28079120012015100266. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. N° de Recurso: 1682/2014. N° de Resolución: 296/2015. Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON.

²¹ Se ha suprimido aquí la negrita de la propia Sentencia del Tribunal Supremo referida. El régimen que rige entre Estados es, por tanto de cooperación, y no de competición. La Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de seis de mayo de dos mil quince insiste en el Fundamento de Derecho cuadragésimotercero en que «los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio

todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5.- La tipificación como delito de lesiones en el ámbito penal español

Adentrándonos en la regulación de la nueva modalidad de lesiones incorporada al Código Penal, el hecho prohibido en el tipo del artículo 149.2 consiste en «causar a otro una mutilación genital». Pero ¿qué significa mutilar? Mutilar es, según el Diccionario de la Real Academia española, “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”²², mientras que el adjetivo genital, significa “que sirve a la generación”, si bien, en su segunda acepción y considerado como sustantivo plural, alude, propiamente, a “los órganos sexuales externos”²³. Puede así mantenerse 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.

Es cierto que la razón de que se tipificara como delito en el Código Penal fue únicamente el deseo de castigar la mutilación genital femenina, y es lo que verdaderamente se quiere evitar mediante el recurso a la amenaza de sanción penal, como queda de manifiesto a lo largo de toda la tramitación parlamentaria y la Exposición de Motivos de la Ley. Sin embargo, parece más adecuada la tipificación genérica finalmente llevada al texto legal, atendiendo la indicación de la enmienda 141 del Grupo Parlamentario Catalán, pues con una excesiva especificación de la conducta se corría el riesgo de dejar abiertas nuevas zonas de impunidad, de manera que quedasen fuera del tipo conductas igualmente merecedoras de castigo penal que las expresamente descritas en el texto del nuevo 149.2 del Proyecto de ley, y que no encontrasen un adecuado reflejo en ninguno de los tipos penales del artículo 149 del CP²⁴. No obstante, la redacción definitivamente dada al nuevo delito provoca otra clase de cuestiones como es la relación de concurso entre algunas de las modalidades de lesiones del art. 149.1 y del 149.2 CP.

ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones».

²² Como “cortar [a un ser vivo] una parte externa del cuerpo” se define en SECO, M.- ANDRÉS, O.- RAMOS, G.: *Diccionario del español actual*, Madrid, 1999.

²³ En el mismo sentido, en su modalidad de sustantivo plural, genitales se define como “parte externa del aparato genital” en SECO, M.- ANDRÉS, O.- RAMOS, G.: *Diccionario del español actual*, op. cit.

²⁴ Sobre la tramitación parlamentaria *vid.* con detalle TORRES FERNÁNDEZ, M. E.: “El nuevo delito de mutilación genital”, en *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*. Coord. J. C. CARBONELL. Madrid, 2005, pp. 949-952.

Respecto de la mutilación genital femenina, mediante la expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” parece querer incluirse en el tipo penal todas las distintas modalidades de lesión descritas por la OMS, siempre que alcancen el efecto mínimo de amputación, siquiera sea parcial de los órganos sexuales femeninos, dentro de las cuales la infibulación o circuncisión faraónica es la más traumática y de mayores consecuencias para la salud de la mujer.

Quizá sea la modalidad IV de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud²⁵, la que más dudas presenta respecto de la posibilidad de incardinarlas en el tipo del 149.2, pues al tratarse de un conjunto de variadas técnicas lesivas, 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 mutilación sexual. No obstante, cabe sostener su tipicidad en cuanto se trate de lesiones de una entidad equiparable en sus efectos sobre la capacidad sexual a la efectiva amputación ya descrita.

De hecho, a mi modo de ver, semejante valoración estará plenamente justificada siempre que, como consecuencia de alguna de esas acciones sobre los órganos sexuales femeninos, y muy especialmente, el clítoris -como el más directamente relacionado con la posibilidad de mantener relaciones sexuales satisfactorias-, sea dañado de manera que impida cumplir su función para el ejercicio de la sexualidad en plenitud. En ese sentido, una lesión de tales características es similar en sus efectos sobre la mujer a la impotencia tipificada en el art. 149.1, y consistente en la incapacidad masculina de realizar el acto sexual, en cuanto que ambas suponen una falta de aptitud para mantener una relación sexual placentera y plenamente satisfactoria.

Dicha interpretación es completamente razonable y encaja con otro de los significados posibles del verbo mutilar (el de “cortar o quitar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo”), y que respecto de una persona serviría para expresar la privación de una capacidad que le pertenece por el hecho serlo. Ahora bien, teniendo en cuenta que no todas las modalidades descritas son capaces de producir un resultado lesivo de la misma intensidad y gravedad habrá que analizar caso por caso el alcance del hecho realizado sobre la capacidad de la mujer para mantener un encuentro sexualmente satisfactorio, excluyendo de la relevancia típica del 149.2 aquellas que no alcancen ese umbral lesivo que es el único merecedor de la grave pena conminada en el tipo penal, no así de otros tipos penales²⁶.

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 impedía saber si tal órgano tenía o no la consideración de principal. Afortunadamente, a favor de que se considerara igualmente como órgano principal se manifestaron distintas opiniones a lo largo de la tramitación parlamentaria, así como algunos autores²⁷. No

²⁵ Vid. Cita número 8.

²⁶ LLABRÉS FUSTER considera que el uso de la expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” obliga a incluir en el tipo del 149.2 cualquier práctica mutilatoria de las muy variadas consideradas como mutilación genital femenina, si bien se muestra crítico con tal opción pues precisamente la variedad de sus efectos en la salud de las afectadas, que pueden ir desde el simple pinchazo en el clítoris hasta el cierre artificial de la vagina tras haber escindido el clítoris, no las hace igualmente merecedoras del grave reproche penal del art.149.2 CP *vid.* “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español”, en *Europa: derechos y culturas*. Valencia, 2006, pp. 81 y 82.

²⁷ En ese sentido se pronuncia el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de L. O. de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, p. 22.

obstante, su consideración definitiva como “órgano principal” vendría, finalmente, dada a través de la vía interpretativa de tal concepto, con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica que ello generaba²⁸.

Tampoco resultaría tarea fácil, por las serias objeciones que despertó, el intento de llevar la mutilación sexual femenina al tipo agravado del artículo 149 considerando tal hecho como un supuesto de *impotencia*, y ello pese a que algunos autores consideraban tal efecto predicable del varón y de la mujer, entendiéndose por tal la *impotentia coeundi* o imposibilidad de realizar el coito, y con ella, la anulación de la capacidad para disfrutar de una vida sexual plena²⁹. Ello, en realidad, supone que ambos elementos, esto es, la capacidad para realizar la unión sexual (coito) y la obtención de placer sexual son inseparables en la mujer, lo que no sucede en la práctica ni es del todo cierto, si tenemos en cuenta que, una mujer que ha sido sometida a la clitoridectomía puede realizar una unión sexual aunque privada absolutamente de cualquier sensación placentera. Es, precisamente, en esa posibilidad de disociar la realización del acto sexual y la obtención de placer por la mujer donde se encuentra el origen de la ablación femenina como medio de sumisión y dominio masculino, pues si las prácticas mutilatorias privaran absolutamente de la posibilidad de mantener una unión sexual perderían su sentido.

El motivo principal de la reforma penal no obedeció a que hubiera una auténtica falta de tipos penales para castigar la mutilación genital femenina, puesto que era posible su sanción por medio de las figuras ya existentes de lesiones, sino el deseo de dotar de un mismo tratamiento legal agravado a las lesiones, que incapacitan para una vida sexual satisfactoria a las mujeres, y que en defecto de esa reforma tenían un tratamiento punitivo más benévolo que lesiones de entidad similar causadas a un varón, que en todo caso era reconducible a alguna de las modalidades más graves de delito, ya se tratase de impotencia o de la privación de un miembro, que tratándose de alguno los genitales externos de un varón, en todo caso, se catalogaban como principales. En definitiva, la reforma del Código Penal trataba de paliar la diferencia de tratamiento de la mujer frente al hombre en caso de lesiones de carácter grave realmente similares.

6.- La llegada de la MGF a España por vía jurisprudencial

Sobre la práctica de MGF hemos tenido noticia a través de los medios de comunicación que nos han informado de la aparición de supuestos de ablación de clítoris a niñas, hijas de inmigrantes³⁰ pero además a través de distintos fallos judiciales. Concretamente en la Sentencia de quince de noviembre de dos mil once de la Audiencia Provincial de Teruel³¹ se consideraron como hechos probados que en fecha veintiuno de mayo de dos mil nueve había nacido en la República de Gambia Erica, hija de los procesados Abilio y Eva María.

²⁸ Vid. HERRERA MORENO, M.: “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho penal*, nº 5, 2002, pp. 66-67.

²⁹ CASTELLANO ARROYO, M.: “Las lesiones en el Código penal”. *Gisbert Calabuig. Medicina legal y Toxicología*. Edit. E. VILLANUEVA CAÑADAS. 6ª Edición. Barcelona, 2004, p. 318.

³⁰ De la posible existencia de casos de mutilación sexual dan cuenta las siguientes noticias recogidas en el periódico *el País*, Sección de Sociedad de 29.04.01, 30.04.01, 01.05.01, 03.05.01. Asimismo en el periódico *El Mundo*, Sección de Sociedad de 04.03.2000.

³¹ Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL de 15.11.2011. ROLLO PENAL Nº 12/2011. SUMARIO Nº 3/2010. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE Alcañiz. Sentencia Nº 26. Roj: SAP TE 197/2011 - ECLI:ES:APTE:2011:197. Id Cendoj: 44216370012011100195. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Teruel. Sección: 1. Nº de Recurso: 12/2011. Nº de Resolución: 26/2011. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: MARIA TERESA RIVERA BLASCO.

En fecha no concretada pero comprendida entre los días 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010, los procesados, puestos de común acuerdo bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo eficazmente a tal fin, habían extirpado el clítoris de la menor motivados por sus creencias religiosas y culturales, siendo conecedor el procesado Abilio de la prohibición de esta práctica en su país de residencia por llevar más de 10 años, conocimiento del que carecía la procesada Eva María.

Como consecuencia de estos hechos, la menor Érica resultó con lesiones consistentes en amputación de clítoris con cicatriz lineal con secuelas en su capacidad sexual, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones, mutilación genital, previsto y penado en el artículo 149.2 del Código Penal. Castiga dicho precepto al que «causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones», considerándose como tal la amputación del clítoris según informe del Médico Forense obrante en las actuaciones, que no imposibilita a la mujer la relación sexual pero sí altera su placer sexual. La Sentencia fue contundente al precisar: «La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer y, además de la peligrosidad que conlleva pues las condiciones en que se practica no suelen ser higiénicas, las afectadas padecen secuelas durante toda su vida: además del trauma, infecciones vaginales, lesiones renales, depresión, ansiedad, tumores, impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones extremo, en el momento de la penetración y el parto. Resulta evidente que para la sociedad española la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona».

La conducta de los acusados se consideró recriminable penalmente al entenderse que era típica (el tipo está contenido en el Código Penal: «el que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones», art. 149.2), antijurídica y culpable y, finalmente, punible con una sanción penal de prisión de seis a doce años.

A pesar de invocar la defensa por vía de informe distintas causas de exención de responsabilidad, al acusado Abilio se le consideró responsable en concepto de autor de un delito de lesiones, mutilación genital, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, a la pena de seis años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y a la acusada Eva María se le condenó también como responsable en concepto de autora de un delito de lesiones, mutilación genital, concurriendo un error de prohibición vencible, a la pena de dos años de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También verdaderamente clarificadora ha sido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de trece de mayo de dos mil trece³² puesto que fueron condenados los padres Tomasa y Baldomero, como autores, cada uno de ellos de dos delitos de mutilación genital femenina, extirpación de clítoris a sus dos hijas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión por cada uno de ellos. Según constaba en los hechos probados de la Sentencia: «En fecha no concretada, pero comprendida entre los días 5 de julio de 2010 y el día 20 de enero de 2011, dichos procesados, puestos de común acuerdo, bien directamente o bien a través de persona de

³² Roj: SAP B 4991/2013-ECLI:ES:APB:2013:4991. Id Cendoj: 08019370092013100024. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Barcelona. Sección: 9. N° de Recurso: 3/2012. N° de Resolución: 42/2013. Procedimiento: Sumario. Ponente: JOSE MARIA TORRAS COLL.

identidad desconocida, pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris a ambas menores, motivados por sus creencias culturales y religiosas, siendo conocedores ambos procesados de la prohibición de tal práctica en su país de residencia, y sin que durante dicho período de tiempo las mencionadas menores hayan salido del territorio nacional.

Como consecuencia de los hechos descritos, ambas menores resultaron con lesiones consistentes en ausencia del glándulo del clítoris, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual». La prueba testifical en este caso fue lo suficientemente ilustrativa y esclarecedora para conformar la íntima y certera convicción de culpabilidad de los dos acusados por parte del Tribunal. Se trataba de uno de los primeros supuestos de mutilación genital femenina practicada en territorio español que había llegado a juicio, puesto que lo habitual era que ese tipo de intervenciones se realizasen en la clandestinidad en el país o que los padres aprovecharan un viaje o las vacaciones para regresar a su país de origen con el fin de extirpar el clítoris a sus hijas.

Ahora bien, la condena para este tipo de comportamientos execrables no resultaba sencilla en todos los casos y ello obedecía a distintas razones: 1) investigado el entorno familiar de las menores, sus padres declaraban que tal hecho había tenido lugar en el extranjero, durante una visita al país de origen, por lo que la jurisdicción española antes de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial no podía actuar frente a ellos; 2) en los casos en los que existían sospechas de que el hecho se había llevado a cabo en España, por su clandestinidad, se hacía muy difícil dirigir la persecución penal frente a los responsables; 3) la indecisión de si llevar a cabo una intervención penal frente a minorías marginales que no están plenamente integradas puesto que se temía que lejos de su mejor adaptación, necesariamente iba a estigmatizarlas contribuyendo así a una previsible situación de exclusión social o de mayor marginación social de las niñas en riesgo de sufrir tales prácticas, las cuales podrían verse incluso impedidas de realizar las debidas visitas al médico por el temor de sus padres a que se pudiera descubrir la mutilación practicada o la mera intención de llevarla a cabo.

Afortunadamente, la situación actual es otra, como ponen de relieve sentencias recientes, como la de veintiséis de mayo de dos mil quince de la Sala Penal del Tribunal Supremo que desestima el recurso de casación interpuesto por Clemencia contra el auto dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de quince de octubre de dos mil catorce³³. Gracias al informe de la policía tras las gestiones practicadas, se concluyó en este caso que la familia Clemencia Gaspar, a la que pertenecen tres menores, es de etnia Sarahule de Gambia, practicante de la mutilación genital femenina, así como que la hija mayor de las tres, Milagros había venido a España con la mutilación practicada en su país de origen. Los imputados, Gaspar y su esposa Clemencia, admitieron en sus respectivas declaraciones conocer que su hija (6 años) tenía practicada la ablación, si bien manifestaron que le fue practicada el mismo año de su nacimiento y en su país de origen. (Gambia/2005) donde se permite como práctica tradicional y consuetudinaria no constitutiva de delito en su país. Llamativo y verdaderamente ocurrente fue que la representación procesal del procesado (Gaspar) alegara que esta práctica era comparable con «el maltrato-tortura hacia los animales (corridas de toros), preguntándose por la legitimidad de otras jurisdicciones para sancionarla».

³³ Roj: STS 2750/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2750. Id Cendoj: 28079120012015100358. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 2287/2014. Nº de Resolución: 351/2015. Procedimiento: RECURSO CASACIÓN. Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO.

Sin embargo, la jurisdicción española no dudó en considerarse competente para el enjuiciamiento de los hechos³⁴ y declaró procesados a Clemencia y Gaspar por delitos de mutilación genital femenina del artículo 149.2 del Código Penal y otro de conspiración para la mutilación genital femenina de los artículos 149.2 y 151 del mismo cuerpo legal, teniendo jurisdicción los tribunales españoles, respecto del primer hecho conforme a lo dispuesto en el artículo 23.4 g) de la LOPJ al residir los presuntos responsables criminales de los hechos Gaspar y su esposa Clemencia en España.

Se ha planteado, lo que resulta de gran interés, el caso de inmigrantes que consiguen la reagrupación familiar y se encuentran con que los reconocimientos médicos practicados en España revelan que a sus hijas se les ha practicado la amputación genital, cuestionándose la posible autoría por parte del padre de un delito de lesiones, en la modalidad de mutilación genital del art. 149.2 Código Penal. Buena prueba de esta problemática es la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de veinticuatro de julio de dos mil doce³⁵. La sentencia terminó absolviendo al acusado porque conforme declaró: «En efecto, no consta dato alguno que permita suponer la existencia de un acuerdo entre el acusado con el ignorado autor artífice de la amputación genital practicada a su hija, lo que hace inviable pensar en cualquier tipo de autoría, no ya directa, sino mediata o subsidiaria como pudiera ser la de complicidad, pues ha resultado acreditado que el acusado viajó a su país en contadas ocasiones y cuando nació su hija no tuvo el menor contacto con el autor material de la amputación practicada.

Pero, además de la falta de dato alguno acerca de su autoría, hay otra razón de política criminal, cuando se introdujo el tipo penal objeto de acusación en el año 2007, la Exposición de Motivos alude a que su razón de ser se centra en proteger a las menores que residiendo en España con sus padres inmigrantes, y sabedores éstos de la cultura y principios de nuestra sociedad, puedan olvidarse de los mismos y producir una mutilación genital cuando regresen a sus países de origen, so pretexto de su cultura ancestral».

También esclarecedora en este sentido es la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de cuatro de abril de dos mil trece³⁶. Los hechos probados del fallo indicaban lo siguiente: «Bárbara, mayor de edad y sin antecedentes penales, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, Florentino, residente en Cataluña desde 1999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, Bárbara, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, Rosana, nacida, en una aldea de Senegal el NUM003 de 2006, acudieron al centro de atención primaria de Premiá de Mar donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clitoris y, como secuela, sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisará tratamiento quirúrgico.

³⁴ Conforme al principio de jurisdicción universal. Vid. Antecedente quinto de la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de veintiséis de mayo de dos mil quince.

³⁵ Roj: SAN 3429/2012 - ECLI:ES:AN:2012:3429. Id Cendoj: 28079220042012100036. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 4. Nº de Recurso: 13/2011. Nº de Resolución: 36/2012. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: CARMEN PALOMA GONZALEZ PASTOR.

³⁶ Roj: SAN 1323/2013 - ECLI:ES:AN:2013:1323. Id Cendoj: 28079220042013100001. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 4. Nº de Recurso: 13/2011. Nº de Resolución: 9/2013. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: CARMEN PALOMA GONZALEZ PASTOR.

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 este caso, distinto del anterior, en cuanto que se tenía conocimiento de que la madre había sido responsable de la MGF de su hija, condujo a la condena de la madre, Bárbara, como autora responsable de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, con la concurrencia de un error de prohibición vencible, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas del juicio y que en materia de responsabilidad civil indemnice a su hija Rosana en 10.000 euros.

7.- Regulación jurídica en el ámbito de las Comunidades Autónomas

A nivel autonómico, algunas Comunidades Autónomas (CC.AA.) han incluido la MGF, bien en sus normas relativas a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y contra la violencia sobre la mujer, o bien en su legislación en materia de infancia. Actualmente, solamente la Comunidad Valenciana y la Generalitat de Cataluña, han incluido referencias a la MGF en sus normas propias de protección a la infancia: la Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia y la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia³⁷.

Paralelamente, varias CC.AA. han incorporado, en sus normas autonómicas en materia de igualdad de oportunidades y de violencia contra las mujeres, referencias a la MGF, entre ellas, las CC.AA. de Canarias, Cantabria, Madrid, Aragón, Murcia, Cataluña, La Rioja, y la Comunidad Valenciana³⁸.

Finalmente, conviene destacar la aplicación de protocolos de actuación tanto a nivel nacional como autonómico, entendidos, en todo caso, como instrumentos de prevención, disuasión e impedimento de la realización de la MGF. A nivel autonómico, Cataluña, Aragón y Navarra cuentan con protocolos de actuación. Entre ellos, podemos distinguir los micro-protocolos, que tienen una función territorial facilitando la prevención a nivel local, y los macro-protocolos, elaborados por expertos y que rigen a nivel nacional o autonómico (aunque no abordan específicamente la MGF, la contemplan en el marco de actuaciones en aspectos vinculados a la salud). Aunque los protocolos se usan como guía para el tratamiento en situaciones específicas y de enfermedades relevantes, su uso se ha extendido para casos como la MGF, ya que permite orientar la acción y el procedimiento a realizar ante este tipo de prácticas.

En el caso de Cataluña, desde julio 2008, se aplica el Protocolo para la prevención de la MGF de la demarcación de Girona. Éste fue un protocolo pionero tras el cual se han firmado los Protocolos para la prevención y actuación ante la MGF del Gobierno de Aragón (2011) y del Gobierno de Navarra (2013). El caso de Cataluña es, en cierto modo, especial porque ha sido la primera Comunidad Autónoma que comenzó a trabajar en la MGF a principios de la década de los 90, justo cuando, a nivel internacional, el tema de la MGF

³⁷ En su artículo 76, se hace referencia expresa a la prevención de mutilación genital de las niñas y las adolescentes; y en su artículo 102.2 contempla como situaciones de riesgo, a los efectos de las actuaciones correspondientes por parte de la Comunidad Autónoma, el riesgo de sufrir mutilación genital.

³⁸ *Protocolo común de actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina (MGF)*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2015.

empezó a tratarse de manera más decidida sobre todo por parte de Naciones Unidas (ONU). A raíz de la Resolución 832/IV de 20 de junio de 2001, de adopción de medidas contra la MGF, la Generalitat de Cataluña tomaba medidas de prevención de la MGF en las áreas de salud, servicios sociales y educación. En 2002, una comisión de trabajo de personas expertas publicó el Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina de la Generalitat de Cataluña (protocolo que luego sería revisado en 2007), dirigido a profesionales de diversos ámbitos: salud, educación, servicios sociales, policía y asociaciones de prevención. En 2008, el Parlamento de Cataluña aprueba la Ley 5/2008 del 24 de abril, del *dret a les dones a erradicar la violència masclista*, abordando algunas resoluciones y directrices del Parlamento Europeo sobre la MGF como forma de violencia de género. Esto posibilitó, en 2009, la reimpresión del protocolo, incluyendo el nuevo marco legal en Cataluña. En 2010 se aprobó una ley específica que establece la prevención, atención y protección de las niñas que han sido sometidas a la MGF o que corren riesgo de experimentar el procedimiento: la ley 14/2010, del 27 de mayo, *dels Drets i les Oportunitats en la Infància i l'Adolescència*. Además, a nivel sanitario, el *Departament de Salut de la Generalitat* desarrolló dos protocolos relativos a la MGF: uno de 2005³⁹, que completaba el protocolo general de pediatría y que establecía que la atención a los niños y niñas inmigrantes tenía que ser la misma que para el conjunto de la población infantil, pero debía atender a algunas particularidades vinculadas a la procedencia; y otro de 2008⁴⁰, que unifica los dos anteriores en uno solo.

En el caso de Cataluña, la principal herramienta que utiliza la Generalitat para erradicar la MGF es el Protocolo de Actuación liderado por los Mossos d'Esquadra, quienes actúan a nivel local y comarcal y lo difunden entre los profesionales de diversos ámbitos, principalmente de educación y sanidad. Además, se promueve la creación de una mesa de MGF a nivel territorial; mesas cuyo objetivo es la activación y aplicación del Protocolo, así como la creación de una base de datos al respecto⁴¹ para evaluar el riesgo de MGF de las niñas de la familia en cuestión. Están promovidas por la Generalitat y cuentan con el apoyo de los Ayuntamientos y los servicios sociales, salud, educación, Mossos d'Esquadra y técnicos/as de igualdad y de inmigración de la Generalitat.

En el caso de Aragón, el *Protocolo para la prevención y actuación ante la Mutilación Genital Femenina en Aragón* fue realizado por el Gobierno de Aragón en colaboración con Médicos del Mundo en 2011, dentro del marco del *II Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón* (2009-2012). Este protocolo está orientado a la intervención preventiva con el objetivo de profundizar en los conocimientos de los profesionales de los ámbitos educativo, sanitario y social. Insiste en el trabajo interdisciplinar entre los profesionales, los colectivos inmigrantes y las familias. Considera esencial la implementación de programas de formación continuada a los profesionales para llevar a cabo una intervención adecuada. Además, presenta información general sobre la MGF: definición, área geográfica de prevalencia, tipología, consecuencias para la salud y marco jurídico en España, entre otros aspectos. En dicho protocolo la intervención queda

³⁹ Protocol d'Atenció a Infants Immigrants: programa de seguiment del nen sa.

⁴⁰ *Protocol d'activitats preventives i de promoció de la salut a l'edat pediàtrica. Infància amb salut del 2008.*

⁴¹ Incluyendo datos como el nombre de la familia, la etnia, los nombres y fechas de nacimiento del padre y de la madre, el país de procedencia, los NIE, la dirección, si la mujer está o no mutilada, el número y nombre de las hijas que tienen, las fechas de nacimiento, si están o no mutiladas, la fecha de la última revisión, la escuela a la que van, si la familia ha viajado y si hay previsto algún otro viaje. Esta base de datos es normalmente cumplimentada por los servicios de pediatría y a ella pueden acceder los integrantes de la Mesa.

definida por tres momentos que determinan los distintos tipos de actuaciones en los sistemas educativo, sanitario y de servicios sociales: factores de riesgo (motivan la intervención); riesgo inminente (factores externos -como un viaje al país de origen-); y MGF practicada, tanto en adultas como niñas. Este protocolo se ha diseñado a partir de la experiencia de intervención preventiva, por lo que destaca su enfoque preventivo y la definición de las actividades por momentos, manteniendo la necesidad de un abordaje transcultural al tiempo que un enfoque integral de la mujer.

En el caso de Navarra, se pretendía establecer un marco de coordinación para la prevención y proporcionar a profesionales de los sistemas social, sanitario y educativo conocimientos básicos sobre la MGF. De ahí que, en junio de 2013, se aprobara el *Protocolo para la Prevención y Actuación ante la Mutilación Genital Femenina* en Navarra, 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 mujer⁴². La prevención, la intervención, el seguimiento y la evaluación de las acciones son la base de este protocolo. Éste incorpora un marco normativo desde la perspectiva internacional y nacional, analizando la MGF desde el punto de vista de los derechos humanos y la violencia de género y sus consecuencias psicológicas, sexuales y sociales. Además, identifica y detecta a las niñas en riesgo y la intervención preventiva con sus familias, señalando los posibles e inminentes riesgos para posibles víctimas y el problema que supone en mujeres ya mutiladas. Señala, finalmente, la necesidad de una herramienta coordinada para los ámbitos de intervención y la inclusión de actuaciones de mediación cultural, formación y sensibilización en prevención de la MGF, insistiendo en la participación de los colectivos de inmigrantes en el trabajo de concienciación.

En enero de 2015 se publica el *Protocolo Común para la Actuación Sanitaria en relación con la Mutilación Genital Femenina*, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS), de acuerdo con la Estrategia Nacional para la Erradicación de la violencia sobre la Mujer 2013-2016. Este es el primer protocolo a nivel nacional que aborda, desde el ámbito sanitario, esta forma de violencia contra la mujer con el objetivo de convertirse en una herramienta esencial para actuar homogéneamente en el conjunto del SNS. El objetivo esencial es mejorar la salud de las mujeres y las niñas a las que se ha practicado la MGF, trabajando en la prevención, disuasión y detección del riesgo de estas prácticas. El protocolo se aproxima de manera multilateral a la MGF, definiendo en qué consiste y su tipología, así como explicando su origen, causas y consecuencias en la salud de las mujeres. Igualmente, recoge los datos existentes a nivel mundial sobre la práctica de la MGF, mostrando su dimensión y los factores de riesgo. Con el objetivo de procurar una coordinación de acciones y garantizar la continuidad de cuidados a la persona mutilada y a la familia, este Protocolo también toma en consideración las actuaciones de los profesionales sanitarios, que se contemplan desde una perspectiva integral, multi e interdisciplinar, comprendiendo desde la atención primaria hasta la atención especializada pasando por otros servicios como los de urgencias.

⁴² Grupo Técnico de Prevención, Investigación y Formación; Grupo Técnico de Atención e Intervención y Grupo Técnico de Protección. Éstos pertenecen a distintos ámbitos de actuación: educación, salud, justicia, vivienda, empleo, protección civil, medicina legal y forense.

8.- A modo de conclusiones

La extensión de la MGF a los países occidentales ha generado el inicio de un proceso de rechazo y lucha contra esta práctica. La comunidad internacional ha entendido tradicionalmente que esta práctica atenta contra los derechos de las mujeres y las niñas y ha reaccionado consecuentemente frente a este atropello desde los ámbitos social, político y, fundamentalmente, jurídico.

Afortunadamente, ha quedado superada la etapa en la que las organizaciones internacionales que, actualmente, lideran el movimiento por los derechos humanos y la comunidad internacional, temían provocar una supuesta intromisión cultural prohibiendo esta práctica o relegándola a la esfera de una intimidad mal entendida. Hay que felicitar de que instituciones y organismos de la ONU como UNICEF y la OMS, entre otros, hayan llevado la iniciativa en la denuncia de la MGF no solo promoviendo la información y la educación para erradicar esta práctica, sino instando a los Estados y a los organismos internacionales para que adopten todo tipo de medidas (jurídicas y sociales) que contribuyan a la lucha contra la MGF a nivel internacional⁴³.

Partiendo de este contexto, la comunidad internacional, a través de la Unión Europea y de diversas agencias de Naciones Unidas (OMS, UNICEF, UNFPA...)⁴⁴, se ha pronunciado en diferentes foros, convenciones y declaraciones contra la MGF, considerándose una práctica que atenta contra los derechos humanos de mujeres y niñas. Aunque hasta el momento el impacto de estas legislaciones es aún reducido⁴⁵, el hecho de que se haya legislado en esta materia es un avance importante en el reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los gobiernos, permitiendo la creación de un marco jurídico desde el que poder actuar.

Es cierto que como han venido reconociendo los tribunales de justicia⁴⁶ son múltiples y variadas las razones que se suelen invocar para la defensa de la práctica milenaria y ancestral de la MGF. Encontramos que unas tienen un componente social, otras son de sesgo tradicional, como signo identificativo del sexo (fomento de la femineidad) y de incorporación de la niña en la vida social, con la correspondiente atribución de un determinado papel y función dentro del matrimonio, considerándose signo de docilidad, obediencia y sometimiento. De lo que no cabe duda es que con esta brutal práctica se reduce el deseo y placer sexual de la víctima en aras de minimizar las posibilidades de infidelidad, restringiendo la autonomía y libertad sexual de la mujer, y en definitiva, incidiendo en su libre desarrollo y ejercicio de la sexualidad.

La reforma penal en España, además de elevar esta práctica a la categoría de delito, como una variante del delito de lesiones, con tipificación penal expresa, a su vez, modifica la L.O.P.J., (art. 23.4, apartado g), atribuyendo competencia jurisdiccional (consagra el principio de universalidad o de justicia mundial, la extraterritorialidad penal)⁴⁷ a los

⁴³ ROPERO CARRASCO, JULIA: *El Derecho Penal Español ante la Mutilación Genital Femenina*, Diario *La Ley*, 26 septiembre 2001, Madrid.

⁴⁴ Fondo de Población de Naciones Unidas.

⁴⁵ Por ejemplo, en el caso de Etiopía, existe una prevalencia del 85% aunque la propia Constitución prohíbe la práctica. Igualmente, la República de Guinea fue el primer país africano en legislar la mutilación genital femenina en 1985, pero el 93% de mujeres y niñas siguen siendo mutiladas.

⁴⁶ Sirva de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13.05.2013, anteriormente citada.

⁴⁷ Vid. Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 14.05.2014. Roj: AAN 114/2014 - ECLI:ES:AN:2014:114*. Id Cendoj: 28079220022014200002. Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 2. Nº de Recurso: 2/2014. Nº de Resolución: 26/2014

Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España. Como se declara en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica la L.O.P.J., 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.

Resulta, a todas luces, loable la tipificación de esta práctica aberrante que menoscaba seriamente la dignidad de la mujer, so pretexto de un ritual iniciático, relegándola y postergándola para ser un instrumento en manos del hombre. Creo que no sería exagerado hablar de cosificación o deshumanización de la mujer, víctima de este atropello a los derechos humanos más básicos.

Estaría de acuerdo en que la MGF no tiene una única y definida respuesta. La cuestión no puede quedar reducida a un conflicto de valores culturales de la sociedad de acogida y los valores de los migrantes, buscando de esa forma una salida fácil en el sacrificio del valor minoritario. Asimismo, las posibilidades de aportar soluciones desde el ordenamiento jurídico, y en concreto desde el Derecho penal, son limitadas, por los propios rasgos de este sector del ordenamiento investido del carácter de *última ratio*. Por todo ello, el debate político criminal sobre la conveniencia de intervenir penalmente ante esa clase de comportamientos no se reduce al de su tipificación expresa en la legislación penal interna, ni al alcance de la jurisdicción nacional para conocer de esos hechos cuando son cometidos en el extranjero, sino que se extiende al más amplio del tratamiento que merece la diversidad cultural dentro del ordenamiento jurídico penal.

Resulta imprescindible no olvidar las funciones de la norma penal para valorar adecuadamente su alcance, lo que han puesto de relieve relevantes fallos como el que, a continuación, se cita: «Por la primera, función de valoración, la norma valora de forma negativa un concreto hecho, pues el legislador penal la incluye en un catálogo de conductas negativas para la convivencia social. Desde la perspectiva de lesividad al bien jurídico, constituye el mínimo exigible para la concurrencia. En segundo término, la función de sanción, por la que se comunica al juez que, en el caso de que concurra el supuesto tipificado los reprima con la consecuencia que ha señalado. En tercer término, la norma contiene una función de determinación por la que se ordena a los ciudadanos que realicen o se abstengan de realizar una conducta. Es una función motivadora al ciudadano para que sea fiel al derecho, ordenando su conducta de acuerdo a la norma general de convivencia»⁴⁸.

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Ponente: JULIO DE DIEGO LOPEZ. Vid. también Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6.05.2015. Roj: STS 2046/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2046. Id Cendoj: 28079120012015100266. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1682/2014. Nº de Resolución: 296/2015. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON.

⁴⁸ Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL de 15.11.2011. ROLLO PENAL Nº 12/2011. SUMARIO Nº 3/2010. JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE Alcañiz. Sentencia Nº 26. Roj: SAP TE 197/2011 - ECLI:ES:APTE:2011:197. Id Cendoj: 44216370012011100195. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Teruel. Sección: 1. Nº de Recurso: 12/2011. Nº de Resolución: 26/2011. Procedimiento: PENAL-PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO. Ponente: MARIA TERESA RIVERA BLASCO.

A mi modo de ver, el Estado no puede admitir, bajo el manto alegatorio de la libertad de conciencia o al amparo de la tradición y al socaire de la costumbre, todas las actuaciones que, según criterios individuales, sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual. Debería quedar claro que estas inveteradas y seculares costumbres o tradiciones no pueden prevalecer ni anteponerse al principio de respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales universalmente reconocidos y admitidos. Todavía resulta más repudiable esta práctica cuando uno piensa que las afectadas son niñas, menores de edad, y los procesados, sus padres, es decir, aquellos sujetos llamados por antonomasia a preservar la dignidad, la integridad y garantizar el libre desarrollo de la personalidad (incluida la sexualidad), de sus hijas.

No parece acertado 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 ha de tener como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones.

Nuestro deseo es que esta contribución haya permitido entender que la ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina. El límite al respeto de las culturas autóctonas está en el respeto a los Derechos Humanos –con mayúsculas–, universalmente reconocidos que actúan como mínimo común denominador intercultural.