

Mutilación genital

Genital mutilation

Tania García Sedano*
Universidad Carlos III de Madrid
tgседano@der-pu.uc3m.es

Recibido / received: 17/07/2017
Aceptado / accepted: 25/08/2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3825>

Resumen

La mutilación genital constituye una realidad no erradicada que representa una grave vulneración de numerosos derechos fundamentales. Así, numerosos instrumentos internacionales y supranacionales se han ocupado de la misma y por ello ha sido tipificada penalmente en el ordenamiento jurídico español. El presente artículo parte de los mismos para analizar el significado del delito de mutilación genital en nuestro país.

Palabras clave

Mutilación genital, derechos humanos, delito, lesiones.

Abstract

Genital mutilation constitutes a non-eradicated reality that represents a serious violation of many fundamental rights. Thus, numerous international and supranational instruments have dealt with it and for this reason it has been criminalized in the Spanish legal system. The present article starts from the same ones to analyze the meaning of the crime of genital mutilation in our country.

Keywords

Genital mutilation, human rights, crime, injuries.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Concepto. 1.2. Cifras y datos. 2. Regulación. 2.1. Instrumentos normativos internacionales. 2.2. Instrumentos normativos comunitarios. 3. El delito de mutilación genital en España. 3.1. Antecedentes. 3.2. El bien jurídico protegido. 3.3. La conducta típica. 3.4. Penalidad. 3.5. Error de prohibición. 4. Conclusiones.

1. Introducción

1.1. Concepto

En relación con la definición de mutilación genital femenina, el consenso internacional se explicita a través de una declaración conjunta de diversas organizaciones

* Profesora asociada de la Universidad Carlos III de Madrid y colaboradora en la Universidad Pontificia de Comillas. Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Ávila

internacionales, realizada en 1997 y revisada en 2008 (Organización Mundial de la Salud, 2008)¹, que establece que el concepto de “mutilación genital femenina comprende todos los procedimientos que, de forma intencional y por motivos no médicos, alteran o lesionan los órganos genitales femeninos” y distingue cuatro modalidades distintas relacionadas con la misma:

- Tipo 1: este procedimiento, denominado a menudo clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (órgano pequeño, sensible y eréctil de los genitales femeninos) y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio (pliegue de piel que rodea el clítoris).
- Tipo 2: este procedimiento, denominado a menudo escisión, consiste en la resección parcial o total del clítoris y los labios menores (pliegues internos de la vulva), con o sin excisión de los labios mayores (pliegues cutáneos externos de la vulva).
- Tipo 3: este procedimiento, denominado a menudo infibulación, consiste en el estrechamiento de la abertura vaginal, que se sella procediendo a cortar y recolocar los labios menores o mayores, a veces cosiéndolos, con o sin resección del clítoris (clitoridectomía).
- 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.

No obstante, la definición ha sido analizada en la literatura poniendo de manifiesto su inconsistencia. En ese sentido, se ha destacado la ausencia de una evaluación crítica y equilibrada de la realidad (Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa, 2012, p. 21), como muestra la inexistencia de una perspectiva de género, ya que no puede escindirse esta práctica, que implica analizar sexo, identidades, género y poder (Momoh, 2005), del entramado social de la violencia de género de los grupos y las comunidades que las realizan (Nuño, 2017; Shweder, 2002; Ahmadu, 2007; Earp, 2016).

1.2. Cifras y datos

La Organización Mundial de la Salud estima que entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres de todo el mundo han sido sometidas a uno de los tres primeros tipos de mutilación genital femenina (UNICEF, 2005, p. 7). Las estimaciones basadas en los datos más recientes sobre prevalencia indican que 91,5 millones de mujeres y niñas mayores de 9 años en África padecen actualmente las consecuencias de la mutilación

¹ A fin de fortalecer el compromiso internacional en la lucha para eliminar esa práctica, la OMS coordinó la revisión de la Declaración Conjunta OMS/UNFPA/UNICEF sobre mutilación genital femenina formulada en 1997. Presentada oficialmente en febrero de 2008 durante el 52º periodo de sesiones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la declaración interinstitucional revisada refleja nuevos datos probatorios e incorpora enseñanzas aprendidas en el decenio transcurrido. Pone de relieve el reconocimiento, amplio ya, de las dimensiones de derechos humanos y jurídicas del problema y resume conclusiones de investigaciones recientes sobre la prevalencia de la mutilación genital femenina, las razones de la continuación de la práctica y sus efectos nocivos en la salud de las mujeres, niñas y recién nacidos. Señala una serie de medidas que han de adoptar una diversidad de instancias. Esta declaración conjunta es resultado de amplias consultas con diferentes asociados internacionales, regionales y nacionales, y 10 órganos de las Naciones Unidas (UNESCO, OMS, UNICEF, Comisión Económica de las Naciones Unidas para África, PNUD, ACNUR, UNFPA, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer y ONUSIDA) la han firmado. En el mismo sentido, véase OMS (2017).

genital femenina. Se estima que en África 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a la mutilación genital femenina cada año.

Según el “Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina” del Ministerio de Sanidad (2015), se practica en 29 países², si bien, ésta es una práctica vinculada a determinadas costumbres, tradiciones y creencias, que tiene más que ver con etnias que con países (entre las etnias practicantes se encuentran la Sarahule, Djola, Mandinga, Fulbé, Soninke, Bámbara, Dogon, Edos, Urhobo, Awusa y Fante) (Peramato, 2016).

España es un país de inmigración y emigración, y entre la población inmigrante existe una alta proporción que procede de los países y etnias antes referidos. Según el Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012 (Kaplan y Marcusán y López Gay, 2014) existían, en ese año, 16.869 niñas entre 0 y 14 años procedentes de aquellos países y, por tanto, están en riesgo de ser mutiladas. En concreto, en Madrid habría 2.059 niñas y en Cataluña, 6.182.

Con independencia de las cifras, se trata de una realidad que ha sido calificada como un problema global. En ese sentido, Unicef (2005) ha declarado que: “la práctica de la mutilación genital femenina no está limitada a los países en que se ha practicado tradicionalmente. La emigración africana a los países industrializados es una característica presente desde el final de la segunda guerra mundial y muchas de las emigrantes provienen de países que la practican. Más allá de los patrones migratorios, con frecuencia reflejan los lazos establecidos en el pasado colonial”.

2. Regulación

2.1. Instrumentos normativos internacionales

Son numerosos los instrumentos legales de los que la comunidad internacional se dota para la defensa de los derechos humanos. Sobre la materia que nos ocupa hemos de enunciar, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tomando como punto de partida el reconocimiento de los derechos fundamentales³ declara que⁴ “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Carrillo Salcedo, 1993).

También hay que señalar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, junto con la Conferencia Internacional de la ONU sobre Población y Desarrollo, cuyos textos abordan el derecho al disfrute de la salud y el bienestar físico y mental e insisten en la promoción de una política pública educativa de los países afectados (Herrera Moreno, 2002).

Como consecuencia de esos instrumentos, la comunidad internacional ha ido construyendo un consenso sobre el reconocimiento de distintas violaciones de derechos humanos de las que son víctimas las mujeres. Así nace la Convención de

² Benín, Burkina Faso, Camerún, Chad, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Irak, Kenia, Liberia, Malí, Mauritania, Níger, Nigeria, República Centroafricana, República Unida de Tanzania, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Togo, Uganda y Yemen.

³ Artículo 2.

⁴ Artículo 6.

⁵ Su artículo 12 establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, que obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o que encuentren su fundamento en roles estereotipados asignados convencionalmente a hombres y mujeres (Bustelo García del Real, 1996), así como a 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 inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos⁶.

Tomando como punto de partida la Convención se crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano particularmente relevante en esta cuestión, pues adoptará la Recomendación General n.º 14 (1990). Esta recomienda: que los Estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la mutilación genital femenina (en adelante MGF); que recopilen y difundan datos básicos sobre esas prácticas tradicionales; que apoyen a las organizaciones de mujeres que trabajan en favor de la eliminación de las prácticas perjudiciales para la mujer; que alienten a los políticos, profesionales, dirigentes religiosos y comunitarios para que contribuyan a modificar actitudes; que introduzcan programas adecuados de enseñanza y capacitación; que incluyan estrategias adecuadas orientadas a erradicar la MGF en las políticas nacionales de salud; que soliciten asistencia, información y asesoramiento a las organizaciones pertinentes del sistema de las Naciones Unidas; y que incluyan en sus informes al Comité, con arreglo a los artículos 10 y 12 de la Convención, información acerca de las medidas adoptadas para eliminar la mutilación genital femenina.

Con posterioridad, la Recomendación General n.º 24 (1999) de la Convención enfatiza que algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad, y recomienda que los Estados parte garanticen leyes que prohíban la mutilación genital femenina.

Por su parte, en el marco de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷, el Comité contra la Tortura, en su Observación General n.º 2 (2008) ha señalado que la MGF entra dentro de su mandato. Tanto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer como el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura han reconocido que la MGF puede considerarse tortura según esta Convención.

En la misma dirección, en el año 1993 se aprueba la Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer que prohíbe a los Estados "invocar ninguna costumbre tradición o consideración religiosa para eludir su obligación⁸".

Otros textos internacionales abordan este tema desde la perspectiva del reconocimiento de la igual libertad entre el hombre y la mujer en el ejercicio de los derechos a la salud sexual y reproductiva. Ejemplo de ello son la Declaración y la

⁶ Artículo 5, párrafo 2.

⁷ Se aprobó y se abrió a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, entró en vigor en 1990.

⁸ Artículo 4.

Plataforma de Acción de Pekín de 1995 y la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones vincula la práctica de estas intervenciones a la eliminación de discriminación fundada en creencias religiosas o ideológicas. Esta Declaración protege los derechos de los menores frente a prácticas culturales o confesionales atentatorias contra su dignidad, de manera que "la práctica de la religión o convicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar a su salud física o mental ni a su desarrollo integral"⁹.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ obliga a los Estados parte a la adopción de medidas adecuadas para la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental¹¹, insta a que no se someta a los niños a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹² y exige a los Estados parte que adopten todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños¹³.

La Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer¹⁴ urge a los Gobiernos, a las organizaciones internacionales y a los grupos no gubernamentales a desarrollar políticas y programas que eliminen cualquier forma de discriminación contra las niñas, incluida la mutilación genital femenina.

La ausencia de carácter vinculante de estos textos ha dado lugar a que la comunidad internacional haya seguido actuando mediante la adopción de declaraciones y resoluciones por parte de distintos organismos en los que se insta a los Estados a adoptar medidas penales y administrativas, así como a fomentar medidas de carácter social tendentes a establecer políticas de prevención.

Así, en primer lugar destacaremos la Resolución 32/21 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la que: "insta encarecidamente a los Estados a que promulguen una legislación nacional que prohíba la mutilación genital femenina, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y velen por la estricta aplicación de esa legislación, y a que al mismo tiempo trabajen para armonizar su legislación a fin de combatir eficazmente la práctica transfronteriza de la mutilación genital femenina"¹⁵.

En segundo lugar, también es necesario destacar la Resolución 67/146 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 2012 sobre la Intensificación de los Esfuerzos Mundiales para la Eliminación de la Mutilación Genital Femenina. En ella se establecen los principios rectores esenciales que han de regir las políticas nacionales e internacionales para la eliminación de esta práctica. Su objetivo es el empoderamiento de las mujeres y de las niñas como medida esencial para poner fin a la discriminación y para proteger los derechos humanos, entre ellos, el derecho al más alto nivel posible de la salud mental y física, incluida la salud sexual y

⁹ Artículo 5 párrafo 5.

¹⁰ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹¹ Artículo 19 párrafo 1.

¹² Artículo 37 apartado A.

¹³ Artículo 24 párrafo 3.

¹⁴ Aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995.

¹⁵ Párrafo 1.

reproductiva. Para ello, se insta a los Estados a la adopción de programas y actividades de información, concienciación y educación, vinculados directamente con las políticas de integración de las comunidades afectadas desde un enfoque amplio y sistemático que tenga en cuenta las diferencias culturales y la perspectiva social. Asimismo, esta Resolución insta a los Estados a adoptar medidas punitivas contra esta práctica, bien se realice dentro o fuera de las instituciones médicas para poner fin a la impunidad de tales actividades.

Y por último, en tercer lugar, la Resolución 27/22 sobre la Intensificación de los Esfuerzos Mundiales e Intercambio de Buenas Prácticas para la Eliminación Efectiva de la Mutilación Genital Femenina, aprobada en el año 2014 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

2.2. Instrumentos normativos comunitarios

En el seno de la Unión Europea se han adoptado una serie de resoluciones tanto para erradicar la mutilación genital femenina como para sancionarla.

La primera medida adoptada en este sentido viene de la mano de la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre Agresiones a la Mujer en la que en su párrafo 47 establece, literalmente, que: “lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica”.

En la línea de condena, el Parlamento Europeo dictó la Resolución sobre Mutilación Genital Femenina en Egipto, de 10 de julio de 1997¹⁶ en la que se insta a los Estados miembros a perseguir a quienes lleven a cabo estas prácticas, así como a conceder asilo a las mujeres que lo soliciten por esta causa. Ese mismo año, adoptó la Resolución sobre la adopción de una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres.

Posteriormente, en el año 2001 se aprobaron dos resoluciones del Parlamento Europeo. La primera, sobre las mutilaciones genitales femeninas, aprobada el 20 de septiembre de 2001, fue precedida de un informe sobre mutilaciones genitales femeninas en el entendimiento de que dicha mutilación constituye un grave atentado contra los Derechos Humanos, siendo este un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La Unión Europea, por tanto, debía asumir un firme y decidido compromiso en defensa de las potenciales víctimas de este delito, amparándolas y tutelándolas. Resaltando el aspecto de violencia intrafamiliar de la mutilación genital, se hace un llamamiento a los Estados miembros para que persigan, condenen y castiguen la realización de dichas prácticas aplicando una estrategia integral que tenga en cuenta la dimensión normativa, sanitaria, social y de integración de la población inmigrante, instándose la implementación de medidas cautelares y preventivas, como *ad exemplum* la medida cautelar de prohibición de

¹⁶ En esta Resolución el Parlamento Europeo se pronunció sobre lo acontecido en Egipto en relación con la mutilación genital femenina pues el Tribunal Administrativo de El Cairo anuló la Orden del Ministerio de Sanidad de Egipto, dictada en julio de 1996, por la que se prohibía la práctica de la ablación del clítoris en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. A través de esta Resolución se apoya firmemente la decisión del Gobierno egipcio y de su Ministerio de sanidad de recurrir la sentencia del Tribunal Administrativo y la continuidad de esta campaña.

salida del territorio cuando existan fundados indicios de que con ocasión de un viaje al país de origen pudiera haber intención de practicar la operación de ablación, ordenándose se practique por el médico forense, ginecólogo o especialista el reconocimiento de la menor, con toda urgencia, para determinar el estado de sus órganos externos genitales.

La segunda Resolución de fecha 25 de octubre, sobre Mujeres y Fundamentalismo, en su considerando 3 pone de manifiesto que "dentro de la Unión Europea, la defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas y tradiciones opuestas o no compatibles (...), de manera que no se admitirá que, bajo pretexto de creencias religiosas, prácticas culturales o consuetudinarias, se violen los derechos humanos (...)" (Elosegui Itxaso, 2002).

Debido al aumento de la mutilación genital femenina en Europa, en el año 2004 el Parlamento Europeo aprobó la Resolución sobre la Situación Actual en la Lucha Contra la Violencia Ejercida contra las Mujeres y Futuras Acciones, en la que explícitamente señalaba¹⁷: "Pide a los Estados miembros que adopten medidas adecuadas para poner fin a la mutilación genital femenina; subraya que la prevención y la prohibición de la mutilación genital femenina y el procesamiento de sus autores debe ser una de las prioridades de todas las políticas y los programas pertinentes de la Unión Europea; señala que los inmigrantes residentes en la Comunidad deberían saber que la mutilación genital femenina es una grave agresión contra la salud de las mujeres y una violación de los derechos humanos; pide, en este contexto, a la Comisión, que elabore un enfoque estratégico global a nivel europeo con vistas a poner fin a la práctica de la mutilación genital femenina en la Unión Europea".

En el año 2009 se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 24 de marzo, sobre la Lucha contra la Mutilación Genital Femenina, en la que se condena enérgicamente la mutilación genital femenina por ser una violación de los derechos humanos fundamentales y considera a ésta como una violencia contra las mujeres que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en las relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental, como es el respeto a la integridad de la persona.

En la Resolución del Parlamento Europeo, de fecha 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres¹⁸, se instó a los Estados miembros: a que tipifiquen como delitos la violación y la violencia sexual contra las mujeres, en particular dentro

¹⁷ Párrafo 9. La meritada Resolución continúa: "10. Insta a los Estados miembros a tipificar la mutilación genital femenina como acto ilegal de violencia contra las mujeres que constituye una violación de sus derechos fundamentales y una grave agresión contra su integridad física, y a que, con independencia de dónde o en qué país se lleve a cabo dicho acto, contra ciudadanas de la UE o mujeres residentes en su territorio, sea siempre considerado ilegal; 11. Pide a los Estados miembros que apliquen disposiciones legislativas específicas en materia de mutilación genital femenina o que adopten leyes en la materia y procesen a todas las personas que practiquen la mutilación genital; 12. Pide que los médicos que practiquen la mutilación genital femenina de mujeres jóvenes y de niñas no sólo sean procesados sino que, además, sean privados de la licencia para ejercer la profesión; 13. Pide a los Estados miembros que garanticen que los padres sean considerados jurídicamente responsables en los casos en que la mutilación genital femenina se practique a menores; 14. Pide a los Estados miembros que garanticen que la mutilación genital femenina se considere un argumento razonable para una solicitud de asilo, a fin de proteger a la solicitante de asilo ante un trato inhumano".

¹⁸ Párrafo 3.

del matrimonio y en las relaciones íntimas no oficializadas, y/o la ejercida por miembros masculinos de la familia cuando no existe consentimiento por parte de la víctima; a que persigan de oficio a los autores de este tipo de delito; y a que rechacen cualquier referencia a prácticas culturales tradicionales o religiosas como circunstancia atenuante de la responsabilidad del autor del delito en los casos de violencia contra las mujeres, incluidos los llamados “delitos de honor” y las mutilaciones genitales;

Por su parte, el Consejo de Europa en mayo de 2011 adoptó en Estambul el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra las Mujeres y la Violencia Doméstica¹⁹, que adopta un prisma centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer entre la que se incluye la mutilación genital femenina, recogida en su artículo 38²⁰.

3. El delito de mutilación genital en España

3.1. Antecedentes

El Legislador español, incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, como delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación con su tipificación en el artículo 149 párrafo 2 del Código Penal. Así y como señala Salamanca de Dueñas (2014), anteriormente la conducta que nos ocupa era subsumible en el delito de lesiones “genérico”.

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la reforma: “se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe de dar adecuada respuesta”.

No cabe duda de que resulta loable la tipificación de este tipo de conductas aberrantes que menoscaban seriamente la dignidad de la persona, so pretexto de un ritual iniciático, relegando a la mujer a un puro instrumento del hombre cuando mantiene relaciones sexuales. No obstante, no podemos dejar de patentizar la demora en la actuación por parte del Legislador español²¹.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,²² introduce la posibilidad de perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina en la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante el artículo 23 párrafo 4 apartado G atribuyendo

¹⁹ Entró en vigor en España en fecha de 1 de agosto de 2014.

²⁰ Artículo 38: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) La escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) El hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) El hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”. Para un análisis crítico del Convenio de Estambul, véase Peroni (2016) y Mestre i mestre (2017).

²¹ Sobre esta cuestión, La Barbera (2010, p. 43). Por otro lado, se muestra crítica con la tipificación autónoma de esta conducta, La Barbera (2015; 2017).

²² Su Exposición de Motivos recoge que la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato «inhumano y degradante» incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

competencia jurisdiccional a los tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España.

Con posterioridad tiene lugar la reforma del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, a través de la que se articula un cambio en la regulación y aplicación del principio de justicia universal.

Esta materia experimenta una nueva reforma en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal. La reforma, según el párrafo segundo de la Exposición de Motivos, tiene como finalidad: “dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los tratados internacionales que España ha ratificado, 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, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley”.

Esta Ley ha sido tachada de intentar acabar con el principio de justicia universal en nuestro Derecho. Por otra parte, fue en el año 2013 cuando se dictó el primer pronunciamiento judicial condenando la ablación cometida fuera de nuestro territorio, en virtud de la Sentencia de la Audiencia Nacional 7/2013, de 4 de abril. En ese sentido, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional acordó, en octubre de 2014, la competencia de España para la persecución de los delitos de ablación, ratificando la decisión del Juzgado Central número 3, por la que se acordó el procesamiento de unos padres residentes en España por la mutilación genital de su hija, cometida en Gambia en 2005.

3.2. El bien jurídico protegido

El bien jurídico objeto de protección con los tipos delictivos de lesiones ha suscitado gran polémica en la doctrina, distinguiéndose numerosas corrientes que han mantenido como objeto de protección de las lesiones la integridad física, la integridad psíquica, la salud y, finalmente, como postura más amplia, nos encontramos con aquella que propugna que estos tipos protegen el bienestar personal.

En la actualidad, no existe duda de que el bien jurídico objeto de protección será la integridad corporal y la salud física y mental de una persona.

3.3. La conducta típica

El párrafo 2 del artículo 149 del Código Penal sanciona: “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”.

La conducta típica aparece definida por el verbo mutilar que según el Diccionario de la Real Academia²³ en su primera acepción: “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”, mientras que el adjetivo genital, significa “que sirve a la generación”, si bien, en su segunda acepción y

²³ Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QAK0nlr>

considerado como sustantivo plural, alude, propiamente, a "los órganos sexuales externos".

De conformidad con una interpretación literal y siguiendo a Torres Fernández (2008, p. 8) la expresión mutilación genital puede definirse como la amputación de los órganos sexuales externos.

Puesto que el tipo define la conducta como causar a otro, siendo el sujeto pasivo un tercero al que no se ha atribuido género y el tipo ha sido formulado de idéntico modo que en el tipo básico de lesiones, el sujeto pasivo del delito de mutilación del artículo 149 párrafo 2 puede ser tanto un hombre como una mujer.

En cuanto a la práctica de mutilación genital "en cualquiera de sus manifestaciones" introduce el legislador un concepto jurídico indeterminado en el que podrían subsumirse las distintas modalidades descritas por la Organización Mundial de la Salud²⁴.

Por lo que se refiere a la mutilación sexual masculina podría definirse como la amputación de los órganos sexuales externos masculinos de tal forma que se imposibilite para la práctica sexual plenamente satisfactoria.

Con anterioridad a la existencia de este precepto, la jurisprudencia vino considerando tanto el pene como los testículos como órganos principales, y su amputación se subsumía en el tipo agravado del artículo 149²⁵.

Las consecuencias que se derivan de la mutilación genital femenina resultan 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 materno-fetal al emplearse, de ordinario, en su práctica, sin utilizar anestesia, con instrumentos rudimentarios, cristales, trozos de metal (latas), navajas, tijeras o cualquier instrumento cortante, sin asepsia, sin haber sido previamente desinfectado, sin medidas de higiene y con instrumental inadecuado, valiéndose de vegetales para cubrir la herida o recurriendo a ungüentos que se consideran con virtudes medicinales²⁶.

A las secuelas físicas cabe asociar las psicológicas, como trastornos de carácter, situaciones de ansiedad, depresión y sentimientos de humillación y miedo. Asimismo, en el ámbito de la sexualidad, habitualmente ocasiona frigidez, reduciendo

²⁴ El Tipo 4 de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud sobre mutilación genital femenina: "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" es la que más dudas presenta respecto de la posibilidad de incardinarlas en el tipo del 149 párrafo 2.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 1993 y Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2000, que declara respecto de los testículos: "Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del art. 149 del Código Penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan".

²⁶ Sobre esta cuestión, Obermeyer (1999), Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa (2012) y Johnsdotter y Essén (2016).

y limitando sustancialmente la posibilidad de sentir placer, llegando incluso a producir anorgasmia²⁷.

Resulta, de otro lado, relevante la posición de garante de los familiares más directos de la menor o menores víctimas de la ablación, pudiendo cometerse el delito en comisión por omisión.

3.4 Penalidad

El artículo 149 párrafo 2 constituye un delito cualificado por el resultado que por los graves menoscabos de la integridad corporal y de la salud física o mental de una persona que, por su carácter irreversible, justifican la gravedad de la pena. Lógicamente, esa mayor gravedad objetiva de la lesión debe ser abarcada por el dolo.

En el párrafo 2 del artículo 149 se castiga con idéntica pena a la del párrafo 1 pero se adiciona la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección en el caso de que la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.5 Error de prohibición

La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del artículo 14 párrafo 3 del Código Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuridicidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma.

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.

Un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico que comporta el fenómeno propio del flujo migratorio evidencia una situación 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.

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

²⁷ Sobre esta cuestión, (La Barbera, 2009) y (Abdulcadir et al. 2011).

supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física y la indemnidad sexual.

No es admisible la pervivencia de los valores culturales que las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres²⁸. El respeto a tales costumbres y tradiciones tiene un límite infranqueable en el respeto de los derechos humanos²⁹ universalmente reconocidos y que actúan como mínimo común denominador intercultural³⁰. A ese fin responde la tipificación de estas conductas como delictivas³¹ y es que la ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina³².

Deducimos de los pronunciamientos judiciales dictados en nuestro país que concurren cuestiones de orden público (Aguilar Navarro, 1967, p. 69; Doral, 1989, p. 30; Zamora Cabot, 1995) para prohibir la práctica de la mutilación genital dentro de nuestras fronteras.

No obstante, los tribunales vienen teniendo en cuenta el conocimiento de las normas fundamentales de convivencia de la cultura española por parte de los responsables de prevenir y evitar este tipo de prácticas, así como su grado de inserción e integración en la comunidad de acogida. Es por ello que el órgano juzgador, generalmente, rechaza la tesis del error de prohibición; es decir, el desconocimiento de la sanción penal en España de estos hechos, particularmente en aquellos casos en que, después de un tiempo prudencial de residencia en España, lo más razonable sea que al menos uno de los progenitores de la menor conozca que este tipo de conductas están sancionadas por nuestro ordenamiento jurídico (Vidal Gallardo, 2011, p. 182, nota 13), dictando resoluciones en la que se afirma que "aunque la defensa alega la existencia de error de prohibición, la Sala lo desestima por lo que se refiere al padre de la menor, toda vez que tenía conocimiento de la antijuridicidad 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 (...)"³³.

4. Conclusiones

La mutilación genital femenina representa una tradición inaceptable por vulnerar derechos humanos básicos, por ello recibe la preceptiva sanción penal. Asimismo, deberá acompañarse de la adopción de un enfoque integral que garantice los

²⁸ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 15 de noviembre de 2011.

²⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2012.

³⁰ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de mayo de 2013.

³¹ Véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de mayo de 2013: "suscitándose 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".

³² Véase Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de octubre de 2012.

³³ Véase Auto de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 26 de enero de 2004, que considera que "es tan evidente como incuestionable que existe riesgo de que se practique a las tres hijas dicha mutilación en el caso de que acudan al país de origen de la madre, que se acuerda prohibir su salida del territorio nacional, hasta su mayoría de edad, así como la expedición del pasaporte, junto a la exploración de las menores por parte del médico forense cada seis meses".

derechos de las víctimas y de la población en riesgo, que normalmente serán menores de edad pertenecientes a minorías discriminadas.

La orientación de las políticas públicas debe encaminarse a erradicar la mutilación genital en España desde un enfoque *victimocéntrico*, activando herramientas que socaven las causas que sustentan esta práctica y deslegitimen el objetivo perseguido.

Bibliografía

- ABDULCADIR, J., C. MARGAIRAZ, M. BOULVAIN, et al. (2011), "Care of Women with Female Genital Mutilation/Cutting", *Swiss Medical Weekly* 140. Disponible en: http://www.smw.ch/scripts/stream_pdf.php?doi=smw-2011-13137
- AGUILAR NAVARRO, M. (1967), "El orden público en el Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol XX.
- AHMADU, F. (2007) "Ain't I a Woman Too? Challenging Myths of Sexual Dysfunction in Circumcised Women". En: SHELL-DUNCAN, AND Y. HERNLUND *Transcultural Bodies. Female Genital Cutting in Global Context.*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, pp. 278-310.
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C. (1996), "Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer". En: MARIÑO MENÉNDEZ, F. (ed.), *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. (1993), "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos". En: PÉREZ GONZÁLEZ. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid.
- DORAL, M. (1989), *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- EARP, B. (2016), "Between Moral Relativism and Moral Hypocrisy: Reframing the Debate on FGM", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 26, pp.105–144.
- ELOSEGUI ITXASO, M. (2002), "Mujer y Fundamentalismo", *Revista Aequalitas*, num, 10-11.
- HERRERA MORENO, M. (2002), "Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina", *Revista de Derecho Penal*, núm 5.
- JOHNSDOTTER, S. y ESSÉN, B. (2016), "Cultural Change after Migration: Circumcision of Girls in Western Migrant Communities", *Best Practice & Research: Clinical Obstetrics & Gynaecology* nº 32., pp. 15-25.
- KAPLAN MARCUSÁN A. y LÓPEZ GAY A. (2014) *Mapa de la Mutilación Genital Femenina en España 2012*, Universitat Autònoma de Barcelona y Fundación Wassu-UAB, Barcelona.
- LA BARBERA, M. (2009) "Revisiting the anti-Female Genital Mutilation Feminist Discourse", *Diritto & Questioni Pubbliche*. 9, pp. 485-507.
- LA BARBERA, M. (2010), "Mujeres, migración y derecho penal: el trato jurídico de la mutilación genital femenina", *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies, Volume 4, Issue 1*.
- LA BARBERA, M. (2015), "La mutilación genital en España desde la perspectiva comparada. Notas sobre la sentencia n. 939/2013 del Tribunal Supremo". En: CAICEDO, N Y MOYA, D. (coords.), *Diversidad cultural e interpretación de los derechos: Estudio de casos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LA BARBERA, M. (2017), "Ban without Prosecution, Conviction without Punishment, and Circumcision without Cutting: A Critical Appraisal of Anti-FGM Laws in Europe", *Global Jurist*, Vol. 17, num. 2.

- MESTRE I MESTRE, R. (2017), “Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, num. 29.p. 205-219.
- MOMOH, C. (ed.) (2005), *Female genital mutilation*, Radclife Publishing, Oxford.
- NUÑO, L. (2017), “La mutilación genital femenina en Europa: el dilema de la triple alteridad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, pp.185-204.
- OBERMEYER, C. (1999), “Female Genital Surgery: The Known, the Unknown, the Unknowable”, *Medical Anthropology Quarterly* 13, num. 1, pp. 79-106.
- PERAMATO, T. (2016), “La incidencia de algunas de las últimas reformas sustantivas y procesales en la prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer”. Ponencia expuesta en las *Jornadas sobre ‘El convenio de Estambul’* celebradas los días 19 y 20 de mayo de 2016. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- PERONI, M. L. (2016), “Violence against Migrant Women: The Istanbul Convention through a Postcolonial Feminist Lens”, *Feminist Legal Studies* 24, pp. 49-67.
- SALAMANCA DE DUEÑAS, R. (2014), “Mutilación genital femenina: análisis criminológico y jurídico penal”, *Cuadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, num. 26.
- SHWEDER, R.A. (2002), “What about Female Genital Mutilation?, and Why Understanding Culture Matters in the First Place”. En: SHWEDER, R.A MINOW, M. AND MARKUS H.R. *Engaging Cultural Diferences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, Nueva York, Russell Sage Foundation, pp. 216-251.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2008), “El nuevo delito de mutilación genital”. Ponencia ofrecida en el Seminario “Mutilación Genital Femenina: aplicación del derecho y desarrollo de buenas prácticas en su prevención”, celebrado en la Universidad de Valencia los días 30 y 31 de octubre de 2008.
- ZAMORA CABOT, J. (1995), “A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 1123-1135.
- VIDAL GALLARDO, M. (2011), “Prescripciones alimentarias y nueva Ley de libertad religiosa y de conciencia: particular conflicto en caso de la Comunidad Islámica”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. 27.

Documentos oficiales

- COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2008), *Observación general nº 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes (CAT/C/GC/2)*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8782.pdf?view>
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2015), *Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina*, MSSSI, Madrid.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2008), *Mutilación genital femenina*. Informe de la Secretaría. Documento A61/11.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017), *Nota descriptiva nº241, Febrero 2017*. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>
- PUBLIC POLICY ADVISORY NETWORK ON FEMALE GENITAL SURGERIES IN AFRICA (2012), “Seven Things to Know about Female Genital Surgeries in Africa”, *Hastings Center Report nº 42*, pp. 19-27.
- UNICEF (2005), *Cambiar una convención social perjudicial: la ablación o mutilación genital femenina*, Centro de Investigaciones Inocenti, Siena. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm-e.pdf>
- UNICEF (2005), *Female genital mutilation/cutting: a statistical exploration*, UNICEF, Nueva York.