

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2023/2024

Convocatoria de Julio

LLAMARLO CULTURA PARA ACATAR LA VIOLENCIA: EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

CALLING IT CULTURE TO JUSTIFY VIOLENCE: THE CRIME OF FEMALE
GENITAL MUTILATION



Realizado por la alumna D^a. Dafne Pérez Pérez.

Tutorizado por la profesora D^a Judit García Sanz.

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas.

Área de conocimiento: Derecho Penal.

ABSTRACT

The purpose of this research is to carry out an analysis of the crime of female genital mutilation in Spain. As a result of the strong migratory flows, the Spanish legal system has had to become more socially aware of the issue in an attempt to respond to the existing conflict between the host State and the beliefs of certain communities. Consequently, the regulation of a specific type of offence in our Criminal Code contained in Article 149.2 has been amended. However, despite the existence of a clear purpose on the part of the legislator, the perceived vagueness in the wording of the precept leads to various debates, such as the determination of the protected legal interest, the proportionality of the penalty imposed, the passive subject or even the typical conduct.

The validity of the consent given by mutilated women will also be taken into consideration, making a distinction according to their age, and an analysis of the error of prohibition will be carried out through case law in order to determine to what extent cultural differentiation can affect the culpability of the active subject.

Finally, the current regulation of the principle of universal justice will be addressed by means of a comparison with previous reforms and the possible regression in the prosecutability of the crime will be discussed.

Key words: female genital mutilation, crime of injury, error of prohibition, principle of universal justice, gender.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este trabajo tiene como finalidad llevar a cabo un análisis del delito de mutilación genital femenina en España. Provocado por las fuertes corrientes migratorias, el ordenamiento jurídico español se ha visto en la necesidad de adquirir una mayor concienciación social al respecto, intentando dar una respuesta al conflicto existente entre el Estado de acogida y las creencias de determinadas comunidades. Consecuentemente, se origina la regulación de un tipo específico en nuestro Código Penal recogido en el artículo 149.2. No obstante, pese a la existencia de un propósito claro por parte del legislador, la amplitud percibida en la redacción del precepto lleva aparejada diversos debates como son la determinación del bien jurídico protegido, la proporcionalidad de la pena impuesta, el sujeto pasivo o, incluso, la conducta típica.

Se tendrá en consideración, además, la validez del consentimiento emitido por la mujer mutilada haciendo una distinción en función de su edad y se llevará a cabo un análisis del error de prohibición a través de la jurisprudencia para determinar hasta qué punto la diferenciación cultural puede afectar a la culpabilidad del sujeto activo.

Finalmente, se abordará la regulación actual del principio de justicia universal por medio de una comparativa con las reformas anteriores y se tratará el posible retroceso en la perseguibilidad del delito.

Palabras clave: mutilación genital femenina, delito de lesiones, error de prohibición, principio de justicia universal, género.

A todas las niñas que han sido víctimas.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

A. La mutilación genital femenina: concepto y origen.

II. REGULACIÓN ACTUAL DE LA MGF EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

A. El bien jurídico protegido

B. Los sujetos del delito

C. Tipo objetivo

1. Delimitación de la conducta típica

D. Especial consideración al consentimiento

1. El consentimiento de la menor mutilada

2. El consentimiento de la mujer adulta mutilada

E. La culpabilidad del sujeto activo. Especial consideración al error de prohibición

F. La pena

G. El principio de justicia universal y su evolución en relación con la MGF

III. CONCLUSIONES

IV. BIBLIOGRAFÍA

V. TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

VI. REPERTORIO DE SENTENCIAS

I. INTRODUCCIÓN: concepto y origen de la mutilación genital femenina.

Se estima que doscientas millones de mujeres han sido víctimas de esta “tradicción” a lo largo de la historia¹. Con base en un motivo puramente cultural o religioso y sin razón médica alguna, se extirpan de forma total o parcial los genitales femeninos externos provocando graves problemas para la salud física y mental².

Teniendo en cuenta que se trata de una práctica arcaica, su origen no está del todo claro. Sin embargo, el riesgo de sufrir una ablación tiene mayor presencia en países del África subsahariana y de Oriente Medio³.

No existe una única manera de llevarla a cabo. La Organización Mundial de la Salud (OMS) habla, concretamente, de cuatro modalidades principales:

Tipo I. Resección parcial o total del glande del clítoris (la parte externa y visible del clítoris (...)) y/o del prepucio/capuchón del clítoris (pliegue de piel que rodea el glande del clítoris).

Tipo II. Resección parcial o total del glande del clítoris y los labios menores (...), con o sin escisión de los labios mayores (...).

Tipo III. Denominada a menuda infibulación; 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 prepucio/capuchón del clítoris y el glande del clítoris (tipo I).

¹Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. La mutilación genital femenina en España, 2019. Disponible en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_MGF.pdf

²TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, pág. 2.

³VALLEJO PEÑA, “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, pág. 3.

Tipo IV. Todos los demás procedimientos lesivos de los genitales femeninos con fines no médicos, tales como la punción, perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital⁴.

Ello implica que, en función de la que se haya aplicado en el caso concreto, la mujer mutilada padecerá unos efectos u otros.

En zonas urbanas y en familias que poseen un alto nivel económico, la MGF se efectúa por personal sanitario cualificado y de manera higiénica. Esto solamente sucede en algo más del 18% de las mutilaciones practicadas⁵, lo que supone que el 82% restante será sometido a esta práctica en condiciones muy distintas. Tendremos en consideración, por tanto, su modo de realización respecto a este segundo grupo de mujeres.

Generalmente son las mujeres más longevas de la comunidad las que se encargan de este cometido. Usan para ello cuchillos, tijeras o, incluso, piezas de cristal⁶. Una vez terminado el ritual, curan la herida con “hierbas, tierra, cenizas, estiércol, etc”, lo que favorece la posibilidad de contraer una infección o, incluso, provocar su infertilidad⁷.

Este procedimiento posee un alto valor simbólico para las comunidades que lo realizan. Tanto es así, que es considerado parte del ciclo vital de las mujeres. En algunos casos se hace a modo de ceremonia de iniciación fomentando el sentimiento de pertenencia a la comunidad⁸.

Tal y como se adelantaba con anterioridad, la religión se encuentra entre las razones que promueven su realización practicándose en comunidades musulmanas, judías y cristianas coptas, sin ser mencionado ni en la Biblia ni en el Corán. La higiene es otro de los motivos. No son pocas las congregaciones que entienden que los genitales

⁴Consultado en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>

⁵Protocolo común de actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina (MGF). Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; 2015.

⁶HERMIDA DEL LLANO, “La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española”, pág. 50.

⁷HERMIDA DEL LLANO, “La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española”, pág. 50.

⁸Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. La mutilación genital femenina en España, pág. 21.

externos de las mujeres son “sucios”, sustentándose en la creencia de que el clítoris podría llegar a alcanzar la misma magnitud del pene. Asimismo, supone un control sobre la sexualidad de las mujeres que las integran. Garantizando de esta forma su virginidad, el honor de la familia seguirá intacto cuando llegue el momento de que contraigan matrimonio⁹.

Poco a poco, a raíz de las fuertes corrientes migratorias en España, se ha alcanzado un nivel de concienciación social mayor respecto a esta situación. Se necesita una respuesta al conflicto existente entre la ley del Estado de acogida y las creencias de determinadas comunidades. No son suficientes la libertad de conciencia ni el respeto a la tradición o a la costumbre para justificar la vulneración de bienes jurídicos fundamentales como son la vida, la integridad física y la indemnidad sexual¹⁰.

Llegados a este punto, resulta pertinente cuestionarse lo siguiente: ¿qué sucedería en el caso de que una niña no fuese circuncidada? Marginación, humillación y exclusión sería la respuesta. Se estaría poniendo en duda a la autoridad generando consecuentemente un sentimiento de deslealtad.¹¹ Ello lleva a pensar que, cualquier decisión que tome la mujer en este contexto (ser o no mutilada), será perjudicial para ella. La mutilación genital femenina es, por consiguiente, un arma de doble filo.

REGULACIÓN ACTUAL DE LA MGF EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

I. El bien jurídico protegido.

Actualmente el delito de mutilación genital femenina se encuentra regulado en el art. 149.2 CP en su Título III bajo la rúbrica “de las lesiones”. La motivación de una

⁹Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. La mutilación genital femenina en España, pág. 22.

¹⁰HERMIDA DEL LLANO, “La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española”, pág 51. Véase la SAP B 4991/2013, de 13 de mayo de 2013.

¹¹Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. La mutilación genital femenina en España, pág. 22.

reforma legal sobre esta materia no vino dada por la ausencia de tipos penales específicos, sino por la necesidad de dotar de un mismo tratamiento jurídico a aquellas lesiones que incapacitan para la vida sexual satisfactoria de las mujeres y que tenían un castigo más benévolo que las lesiones de entidad similar causadas a un varón¹².

Sin embargo, un relevante sector doctrinal ha manifestado su rechazo a la tipificación específica de estas conductas entendiendo que no existe laguna legal alguna y que, además, su incorporación viene a suponer un mensaje de rechazo frente a las prácticas de grupos culturalmente atrasado, conduciendo a la criminalización y estigmatización de las mismas¹³.

Asimismo, la determinación del bien jurídico protegido en relación a los delitos de lesiones tampoco ha quedado exenta de polémica. Aunque existen diversas opiniones al respecto, destacan mayoritariamente las posturas que se analizan a continuación.

La doctrina mayoritaria se posiciona a favor de una tesis dualista, es decir, los bienes jurídicos protegidos son tanto la salud como la integridad física. Esencialmente se amparan en la definición de lesión recogida en el tipo básico del art. 147.1 CP: “por lesión hay que entender todo menoscabo a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona”¹⁴. MUÑOZ CONDE se pronuncia al respecto indicando que la salud a la que se refiere el Código es tanto la física como la psíquica, mientras que la integridad corporal solamente se refiere al sustrato físico. Por tanto, el ataque a la salud es la enfermedad y a la integridad corporal es la mutilación o inutilización de algún órgano o miembro corporal, o las heridas y golpes en el cuerpo¹⁵.

Otro sector doctrinal defiende la existencia de un único bien: la salud en sí misma. Esto lleva aparejadas dos consecuencias: no se constituirá como un delito de lesiones la disminución de la integridad corporal que no suponga un menoscabo para la salud (como, por ejemplo, un corte de pelo) y tampoco se constituirá como un delito de lesiones aquella acción que suponga objetivamente una mejora para la salud aunque

¹²VIDAL GALLARDO, “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, pp. 185-186.

¹³ESPINOSA CEBALLOS, *Derecho penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado*, pág. 302.

¹⁴En este sentido, SERRANO GOMEZ y SERRANO MAILLO, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 63.

¹⁵MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, pág. 99.

afecte negativamente a la integridad corporal (por ejemplo, la amputación de una pierna gangrenada)¹⁶.

Minoritariamente hay autores que optan por un criterio tripartito. Consideran que además de la salud y la integridad física hay que tener en cuenta también la incolumidad personal. De este modo, se incluiría una protección frente a cualquier conducta que pueda ocasionar intencionalmente sufrimiento físico o psíquico, en la medida en que suponen un trato inhumano o degradante incompatible con la dignidad humana y sin que sea precisa una simultánea afección a la salud o integridad personal¹⁷.

Existe, además, una cuarta postura que incluye entre los bienes afectados la libertad sexual¹⁸. Aunque se trata de un debate muy amplio, basan su posicionamiento principalmente en las consecuencias derivadas de la mutilación. Si bien no se olvidan de los efectos físicos y psíquicos que supone esta práctica estiman pertinente tener en consideración las secuelas sexuales¹⁹, que se verán agravadas en función del tipo de mutilación practicada.

El concepto de libertad sexual emitido por la doctrina penal juega un papel importante en esta tesis. Debemos entenderla como aquella parte de la libertad referida tanto al ejercicio de la sexualidad como a la disposición del propio cuerpo. Cuando se trate de una víctima menor de edad, al ser un sujeto que provisionalmente carece de la

¹⁶BERDUGO GOMEZ, El delito de lesiones, citado por MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 99; BUSTOS RAMIREZ, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, citado por ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA, Delito de lesiones, pág. 17; GÓMEZ MARTÍN, “Delitos contra la salud individual”, pág. 102.

¹⁷TAMARIT SUMALLA en DIEZ RIPOLLES, Los delitos de lesiones, pág 3; El autor DIEZ RIPOLLES se opone a este razonamiento. No justifica la sustitución del bien jurídico de la integridad y salud personales por el de incolumidad personal por poseer este último unos niveles de amplitud e imprecisión que permiten abarcar fácilmente cualquier tipo de molestia personal que les aleja del respeto al principio de intervención mínima.

¹⁸Comparten esta opinión HERMIDA DEL LLANO, “La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar”, pág 114; VALLEJO PEÑA, “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, pág. 15; SILVA CUESTA, La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales, pág. 141.

¹⁹Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2015. Además de los efectos físicos y psíquicos a corto y largo plazo, cita las siguientes consecuencias de índole sexual: 1) disminución de la sensibilidad sexual (placer, excitación, lubricación, orgasmo). 2) Ausencia de satisfacción y placer en las relaciones coitales, disminución o ausencia de deseo erótico, fobia al coito, frigidez, etc. 3) Dolor en el coito (dispareunia). 4) Vaginismo. 5) Anorgasmia debido a la amputación del glande del clítoris. 6) Miedo y rechazo.

misma, se protegerá su indemnidad sexual (es decir, su libertad sexual futura garantizando así su normal evolución y desarrollo de la personalidad en este ámbito)²⁰.

La jurisprudencia avala esta última teoría al disponer que: “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 y la indemnidad sexual”²¹.

Habiendo analizado las cuatro posturas principales, hemos de concluir que nos encontramos ante un delito pluriofensivo pues entendemos que protege a más de un bien jurídico: la salud, la integridad corporal, la libertad sexual o, en el caso de una menor, la indemnidad sexual.

II. Los sujetos que intervienen.

Respecto a los sujetos que intervienen es preciso diferenciar entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. La expresión utilizada en el art. 149.2 CP “el que causara a otro una mutilación genital” hace referencia al primero de ellos. Tratándose de un delito común, podrá ser cometido por cualquier persona. Sin embargo, en la mayoría de casos son las mujeres más longevas pertenecientes a la comunidad las que realizan esta práctica. Son conocidas como buankisas o dambos y poseen una posición social tan elevada que implica un obstáculo en la erradicación de este delito²². Aunque son ellas quienes llevan a cabo el comportamiento típico, la idea de su realización viene dada por un tercero. Normalmente, el consentimiento para su práctica lo otorgan los progenitores de la menor y, en algunos supuestos, la abuela de la misma.

²⁰MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 171-172.

²¹Véase la SAP de Barcelona 4991/2013, de 13 de mayo.

²²HERMIDA DEL LLANO, “*La mutilación genital femenina. El declive de los mitos de legitimación*”, pág. 21.

Por tanto, siguiendo la clasificación del art. 27 CP cabría declarar criminalmente responsables tanto al autor (la persona que ha ocasionado el daño), como a los partícipes (los progenitores) ya sea en calidad de coautores o de cooperadores necesarios²³.

En cuanto al sujeto pasivo, pese a que el precepto no le atribuye un género en concreto, por los motivos que se exponen a continuación deberemos entender que únicamente podrán ser víctimas aquellas niñas o mujeres que sufran esta práctica²⁴.

III. Tipo objetivo.

A) Delimitación de la conducta típica.

El art. 149.2 CP describe la conducta típica de la siguiente manera: “*el que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones*”. Según la definición dada por la RAE, debemos entender el acto de mutilar como “*cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente*”²⁵ y el adjetivo genitales como “*los órganos sexuales externos*”²⁶. Por tanto, la expresión mutilación genital puede definirse literalmente como cortar (total o parcialmente) los órganos sexuales externos de un tercero²⁷.

Analizándola, se observan dos problemas: no habiéndose hecho una distinción entre mutilación genital femenina y masculina, ¿ha de entenderse que existe una equiparación entre la ablación y la circuncisión? Y, por otro lado, ¿trata el legislador por igual todos los tipos de mutilación genital?²⁸

²³MARCHAL ESCALONA, “La protección en España de las mujeres y niñas inmigrantes frente a la mutilación genital femenina”, pág. 360.

²⁴Véase el epígrafe de la conducta típica expuesto en este trabajo.

²⁵REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.7 en línea], <https://dle.rae.es/mutilar>

²⁶REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23ª ed., [versión 23.7 en línea], <https://dle.rae.es/genital>

²⁷GARCIA SEDANO, “Mutilación genital”, pág. 302.

²⁸CUADRADO RUIZ, “Derechos humanos, violencia y género”, pp. 41-59.

En torno a la primera de las cuestiones no hay una respuesta del todo clara. No pasando desapercibida la generalidad con la que se redacta el artículo surgen diversas opiniones acerca de su aplicación. Un sector doctrinal entiende que una tipificación genérica es la mejor de las opciones. Justifican esta idea en la posibilidad de que, de redactarse una conducta excesivamente concreta, otras muchas pudiesen quedar impunes aún siendo merecedoras de un castigo penal²⁹.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria discrepa al respecto asegurando que, aunque su interpretación literal incluiría la mutilación genital masculina, debe respetarse la conformación de un tipo autónomo de MGF así como su política criminal. De este modo, solamente sería sancionada por vía del art. 149.2 CP la escisión del clítoris, debiendo acudir para castigar la mutilación genital de los varones a otros delitos de lesiones (art. 149.1 o 150 CP)³⁰.

Si bien es cierto que el legislador no habla de géneros en la redacción del precepto, si lo hace en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, donde aclara que:

“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 dar adecuada respuesta. Así, (...) se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”³¹.

En base a lo anterior, es preciso tener en cuenta el art. 3 CC sobre la aplicación de las normas jurídicas. Aún cuando este da comienzo indicando que las normas se deberán interpretar según el sentido propio de sus palabras (lo que implicaría la aplicación del

²⁹TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, pág. 8. En este mismo sentido, GARCIA SEDANO, “Mutilación genital”, pág. 302.

³⁰CÁMARA ARROYO, “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, pág. 866.

³¹Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

149.2 CP a la mutilación genital de los varones), al continuar con la lectura del mismo podemos observar que en realidad no se permite esta interpretación tan amplia percibida en un primer momento, sino que establece la condición clara de relacionarlo con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas³².

Considerando el problema social evidente para un grupo preciso de la población, no es casual que el legislador apunte con el dedo directamente al género femenino. Siendo su principal y único objetivo combatir ese acto cultural que se torna violencia, interpretar el precepto de una forma que no sea basándonos en dicha realidad sería quitarle valor a la causa que ha incentivado su creación, haciendo posible la equiparación entre una circuncisión y una ablación. No obstante, resulta contraproducente alegar tal motivación y, al mismo tiempo, permitir un abanico de sujetos pasivos tan amplio.

La problemática en la redacción del precepto no finaliza con la falta de especificación de género. Su vaga expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” lleva aparejada a través de una interpretación literal la posibilidad de sancionar por igual todas las modalidades de MGF³³.

Aún existiendo cuatro modalidades de MGF³⁴ y presentando cada una de ellas diferentes tipos de secuelas y efectos de diversa gravedad, el precepto no hace distinción alguna. Para algunos autores como CÁMARA ARROYO no toda alteración de los genitales femeninos debe quedar incluida dentro del concepto de “lesión grave”, refiriéndose a aquellas modalidades simbólicas de MGF³⁵ que no implican una verdadera lesión de la integridad física de la mujer.

³²Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1998.

³³CÁMARA ARROYO, “La legislación y la jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, pág. 866.

³⁴Sobre los tipos de MGF, véase la introducción de este trabajo.

³⁵El autor CÁMARA ARROYO incluye una quinta modalidad conocida como simbólica que consistiría en la mera punción del clítoris con la intención de producir un pequeño sangrado sin suponer una alteración grave o permanente en los genitales femeninos. Considera que este tipo de mutilación no sobrepasa los límites del derecho a la libertad religiosa y podría entenderse como la única posibilidad que ostentan los grupos inmigrantes de mantener esta costumbre dentro de la legalidad.

Propone, además, una interpretación restrictiva del art. 149.2 CP, delimitándolo exclusivamente a los supuestos más graves (es decir, la amputación total o parcial del órgano incluyendo la incapacidad provocada en el mismo y los daños ocasionados)³⁶.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva no concuerda con la definición genérica de MGF. La OMS establece que serán considerados como tal *“todos los procedimientos que impliquen la extirpación parcial o total de los genitales externos femeninos u otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos culturales, religiosos o por cualquier otro motivo no médico”*³⁷. En este mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE recoge en su apartado G) que *“considerando que cualquier MGF, en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que supone una violación de sus derechos fundamentales, concretamente el derecho a la integridad personal y física y a la salud mental, así como a la salud sexual y reproductiva, y que dicha violación en ningún caso puede justificarse por el respeto a tradiciones culturales de diversa índole o por ceremonias iniciáticas”*³⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, esos “supuestos simbólicos” que aparentemente no tienen tanto peso por no implicar una amputación propiamente dicha quedarían incluidos.

Por su parte, TORRES FERNANDEZ habla de la posibilidad de sostener la tipicidad en estos casos cuando se trate de lesiones que sean equiparables en sus efectos sobre la capacidad sexual a la amputación en sí misma³⁹.

³⁶CÁMARA ARROYO, “La legislación y la jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, pp. 867-868. El autor cita a SERRANO MAILLO, “El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas”, quien considera que incluir esa clase de comportamientos rituales de escasa entidad lesiva suponen una infracción al mandato constitucional y que, a su vez, sobrepasa los límites del principio de intervención mínima.

³⁷Disponible en:

<https://www.medicosdelmundo.org/que-hacemos/espana/mutilacion-genital-femenina#:~:text=S eg%C3%BA n%20la%20Organizaci%C3%B3n%20Mundial%20de,femeninos%20por%20motivos%20no%20m%C3%A9dicos.>

³⁸Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE.

³⁹TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, pág. 9-10.

Coincidiendo con su opinión, concluimos que no deberían encuadrarse todas las modalidades de MGF de forma directa en el apartado segundo del art. 149 CP, sino que se deberá analizar el alcance del hecho en cada caso concreto para valorar la gravedad de la lesión⁴⁰.

IV. Especial consideración al consentimiento de la mujer mutilada.

En los delitos de lesiones nuestro ordenamiento jurídico le otorga al consentimiento un valor atenuante -en el mejor de los casos- cuando se haya prestado de la forma establecida en el art. 155 CP⁴¹, esto es, de forma válida, libre, espontánea y expresamente emitido. En ese caso, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No obstante, el precepto finaliza invalidando el consentimiento -aún dándose dichas premisas- siempre que haya sido otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección⁴².

En vista de lo anterior, resulta pertinente enfocar el tratamiento del consentimiento en la MGF diferenciando entre niñas menores de edad y mujeres adultas.

a) El consentimiento de la menor mutilada.

La forma en la que el legislador entiende el consentimiento respecto al menor hace pensar, por lo menos en un primer momento, que su opinión no es válida. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el apartado II del art. 155 CP debe interpretarse de acuerdo al mayor interés para el menor⁴³.

⁴⁰TORRES FERNÁNDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, pág. 9-10.

⁴¹Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁴²Véase, GÓMEZ MARTÍN., “Delitos contra la salud individual”, pág. 102. La autora aclara respecto a la validez del consentimiento la opinión de la doctrina mayoritaria: basta con la capacidad natural de discernimiento.

⁴³GÓMEZ MARTÍN., “Delitos contra la salud individual”, pág. 102.

La Convención de los Derechos del Niño se pronuncia al respecto en su art. 12 dándole valor a la opinión del mismo al disponer que:

1. *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del mismo.*
2. *Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo (...), en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁴⁴.*

En este mismo sentido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil defiende el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad plena para ejercerlos. De este modo, en su art. 2.1 establece que todo menor tiene derecho a que su interés sea valorado y considerado primordial (...) y añade, en su apartado b) y d) respectivamente, que se tendrán en consideración los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como la preservación de su identidad, cultura y religión. No obstante, estos criterios siempre deberán ponderarse atendiendo a la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación y el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo (art. 2.3)⁴⁵.

Es evidente que en edades muy tempranas (por ejemplo, siendo un bebé) la menor no tendrá la suficiente capacidad para siquiera entender lo que está sucediendo, siendo sus padres quienes consientan su mutilación. Sin embargo, existe una franja de edad en la que, aún no siendo adulta, se alcanza un cierto nivel de madurez. En este punto vital

⁴⁴Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁴⁵Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

puede ocurrir que la menor exprese, desde su libertad religiosa y de conciencia, el deseo de realizar el ritual⁴⁶.

La STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, FJ 10 reconoce que el ordenamiento jurídico concede relevancia al consentimiento del menor en determinadas situaciones (y siempre que se cumplan los requisitos ya mencionados). Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del mismo para según qué actos jurídicos no es de suyo suficiente para reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable⁴⁷.

Por tanto, hemos de entender que la solución a esta problemática se encuentra en los derechos constitucionales que protegen a los menores. Siempre deberá priorizarse su dignidad, así como su integridad física y moral y, puesto que la ablación supone un grave atentado a estos valores, no podrá ser justificada amparándose en la libertad de conciencia o atendiendo a la tradición cultural⁴⁸.

b) El consentimiento de la mujer adulta mutilada.

En cuanto al consentimiento prestado por una mujer adulta, a razón de lo dispuesto en el ya citado precepto 155 CP, parece lógico entender que siempre que esta lo haya dado de forma válida, libre, espontánea y expresa se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. Ello a excepción de los supuestos recogidos en el artículo 156 CP donde se exime de toda responsabilidad penal⁴⁹.

⁴⁶SILVA CUESTA, La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales, pp. 254-256.

⁴⁷STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, FJ 10.

⁴⁸SILVA CUESTA, La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales, pp. 256-257.

⁴⁹Establece el artículo 156 del Código Penal, en relación con los supuestos en los que se exime de responsabilidad penal, lo siguiente: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales”.

Con base en lo anterior, debemos plantearnos qué importancia ostenta ese consentimiento de la mujer adulta en el contexto de la MGF teniendo en cuenta que su presencia no implica directamente la exclusión de la pena.

La doctrina mayoritaria considera que se trata de una limitación en su capacidad para disponer de su salud así como de su integridad corporal, no siendo esto compatible con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 CE⁵⁰. Al respecto se pronuncia MUÑOZ CONDE quien plantea la siguiente reflexión: “a pesar de que pueda resultar extraño que producir una lesión a otra persona, por ejemplo, una mutilación genital, quede impune porque la misma consiente en ello, ¿qué otra cosa sino el consentimiento puede justificar una cirugía estética?”. El autor entiende que ese consentimiento válidamente otorgado no solo debería atenuar, sino eximir la pena siempre que la acción que la produjo se realice dentro de los límites que el consentimiento señaló. Por tanto, continúa, es de suma importancia tener en cuenta su alcance y su contenido⁵¹.

Tomando una postura totalmente contraria en lo que a un menor se refiere, debemos recordar que la adultez sumada al consentimiento con las características ya mencionadas justifica una intervención con fines puramente estéticos como puede ser un aumento o una reducción de pechos, una rinoplastia o una abdominoplastia. Siendo esto así, deberíamos reflexionar sobre el porqué es válido el consentimiento de mujeres mayores de edad que deciden someterse a esta clase de intervenciones y no lo es el de una mujer somalíe adulta que expresa su voluntad de someterse a la escisión por razones culturales⁵².

⁵⁰SILVA CUESTA, *La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales*, pp. 258-259.

⁵¹MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, pp. 90-92.

⁵²En opinión de SILVA CUESTA, *La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales*, pp. 259-263. En esta misma línea, ÍÑIGO CORROZA, “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”, pp. 181-182 compara lo dispuesto en el artículo 156 CP -esto es, eficacia absolutoria del consentimiento en casos de cirugía transexual, esterilización y trasplante de órganos- con la ablación. En todos los casos el bien jurídico protegido viene a ser el mismo y, en todos, partimos de que el sujeto titular del bien jurídico tiene capacidad para consentir. Sin embargo, la relevancia del consentimiento es diferente. La razón, bajo su punto de vista, es que la valoración ético-social de dichas conductas es distinta en cada caso.

V. La culpabilidad del sujeto activo. Especial consideración al error de prohibición.

La MGF es un delito culturalmente motivado precisamente porque provoca un conflicto entre las creencias de los grupos sociales inmigrantes y la ley española, lo cual ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sopesar la posibilidad de aplicar una causa de exculpación que permita excluir la responsabilidad por motivos culturales⁵³.

Un sector doctrinal minoritario plantea tener en consideración en estos supuestos la causa de inimputabilidad recogida en el art. 20.3 CP, esta es, la alteración de la percepción. Los autores defensores de esta hipótesis hablan de que las especificaciones culturales que ostenta una persona podrían derivar en la incapacidad de comprender la ilicitud de una conducta⁵⁴. Así, DE MAGLIE defiende que “en la mayor parte de los casos el *cultural offender* es muy consciente de realizar un comportamiento que va contra la leyes del Estado de acogida, pero actúa “a pesar de ello” por estar determinado por la presión de una cultura, que es más fuerte que la amenaza ejercida por la norma penal”⁵⁵.

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, alegamos que esta hipótesis no debe prosperar. Ello porque el término “percepción” hace referencia al ámbito biológico o sensorial y, por tanto, no cabrá entender que quienes poseen valores culturales distintos a los de nuestra sociedad presentan una distorsión grave de la conciencia de la realidad que les genera una alteración de la percepción. Esta equiparación supondría considerarla como una especie de inimputabilidad por factores psicosociales⁵⁶.

Otra vía que se ha tenido en cuenta para excluir la responsabilidad penal del sujeto activo es el error de prohibición, instrumento que parece -a priori- el más idóneo para considerar la motivación cultural del autor dentro del ámbito de la culpabilidad⁵⁷.

⁵³ERICE CASADO, Mutilación genital: relevancia del fenómeno cultural en su tratamiento jurídico-penal, pág. 59.

⁵⁴TAMARIT SUMALLA, “Comentario al art. 149”, pág. 77

⁵⁵ DE MAGLIE en SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, pág. 104.

⁵⁶TORREZ FERNÁNDEZ en ERICE CASADO, Mutilación genital: relevancia del fenómeno cultural en su tratamiento jurídico penal, pág. 65.

⁵⁷ERICE CASADO, Mutilación genital: relevancia del fenómeno cultural en su tratamiento jurídico penal, pág. 67.

Para la presencia de responsabilidad criminal será necesario que el autor sepa o pueda saber que ese acto está prohibido por la ley, no bastando que conozca la acción típica. De no ser así, nos encontraríamos ante un error de prohibición regulado en el art. 14 CP y definido por el TS como “el reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o expresado de otro modo, que actué en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida”⁵⁸.

Se distinguen dos tipos de error (vencible o invencible)⁵⁹ debiendo acudir nuevamente a la jurisprudencia para su calificación: “para valorar la entidad del error han de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y la cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieron de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar”⁶⁰. Sin embargo, la doctrina es reacia a admitir un posible error de prohibición invencible si la conducta practicada afecta al núcleo duro de los derechos fundamentales de la persona (tal y como sucede en la mutilación genital femenina), optando en la mayoría de casos por un error vencible⁶¹.

Algunos autores como MONGE ni siquiera consideran que sea pertinente una atenuación para aquellos comportamientos incompatibles con la dignidad humana. Concretamente, en lo que a la MGF se refiere, la mayoría de las conductas se llevan a

⁵⁸STS 835/2012, de 31 de octubre de 2012, FJ 3; STS 4537/2017, de 19 de diciembre de 2017, FJ 2.

⁵⁹El artículo 14 del Código Penal establece que: “*El error invencible sobre un hecho constitutivo de infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*”.

⁶⁰ STS 782/2016, de 19 de octubre de 2016; STS 482/2007, 30 de mayo de 2007, entre otras.

⁶¹SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, pág. 103.

cabo en la clandestinidad precisamente porque se es conocedor de su ilicitud⁶². TORRES FERNÁNDEZ se pronuncia en el mismo sentido aclarando que lo que sucede en estos casos no es tanto una falta de conocimiento de la ilicitud, sino más bien una falta de comprensión del contenido de la norma penal a raíz de la existencia de un sistema de valores distintos⁶³. Así las cosas, la doctrina mayoritaria se une a este posicionamiento y no estima acertada la elaboración de una teoría del error de prohibición fundado en los factores culturales del sujeto⁶⁴.

Por su parte, la jurisprudencia -que aplica esta figura muy restrictivamente- es de la misma opinión y así se deduce de la STS 835/2012 FJ 3º donde el Tribunal expone tajantemente que *“el respeto a las tradiciones y las culturas tiene como límite el respeto a los derechos humanos que actúan como común denominador en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”*⁶⁵. De este modo, esos supuestos restrictivos⁶⁶ en los que se tenga en cuenta esta tesis deberán estar sujetos a un alto grado de desconexión de la cultura mayoritaria⁶⁷, lo cual -hoy día- se torna complicado teniendo en cuenta las numerosas campañas internacionales que se llevan a cabo contra la MGF⁶⁸.

En definitiva, esta situación origina una tensión entre el poder, el Estado de acogida y el individuo inmigrante, así como entre la autoridad y los valores del individuo. Sin embargo, el Estado no puede permitir, con amparo en la libertad de

⁶²MONGE FERNÁNDEZ, *El extranjero frente al derecho penal*, citado en SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, pág. 103.

⁶³TORRES FERNANDEZ, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, pág. 17.

⁶⁴En este sentido, VICENTE MARTINEZ, “El largo viaje contra la mutilación genital femenina”, pág. 150. Así como, HERMIDA DEL LLANO, “La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar”, pág. 117.

⁶⁵ STS 835/2012, de 24 de octubre de 2012.

⁶⁶Valga como ejemplo la SAP 197/2011, de 15 de noviembre de 2011. Respecto al padre de la menor, es de suma importancia la afirmación realizada en el acto del juicio donde indica que *“todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España, que cada país se rige por sus leyes (...)”*, lo que hace inaplicable en su caso el error de prohibición. De manera distinta sucede con la madre de la niña teniendo en cuenta que sus condiciones eran diferentes (llegó a España meses antes de la mutilación, no es hispanoparlante y no consta que tuviera conocimiento de la ilicitud del hecho pues la asumía como normal y necesaria para la mujer). El Tribunal aprecia en la conducta de la acusada un error de prohibición vencible.

⁶⁷SANZ MULAS, *Delitos culturalmente motivados*, pág. 103.

⁶⁸SILVA CUESTA, *La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales*, pág. 315.

conciencia o de la costumbre, cualquier tipo de actuación. Ello supondría dejar al descubierto bienes jurídicos de suma importancia como son la vida, la integridad física y la indemnidad sexual⁶⁹.

VI. La pena.

La pena abstracta que el artículo prevé para la comisión de este delito abarca desde los seis meses hasta los doce años de prisión. Asimismo, para el caso de que la víctima sea menor de edad o se tratase de una persona necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años. Esto último siempre que el juez lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección⁷⁰.

Dicho lo anterior, podemos observar que el legislador atribuye una pena considerablemente elevada en comparación con las previstas en los arts. 147 y 148 CP (esto es, prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses; y de dos a cinco años respectivamente). Algunos autores estiman necesaria dicha dureza por ser este el medio más eficaz para lograr el convencimiento de que las mutilaciones constituyen una lesión de gravedad sin que puedan ser justificadas por su carácter cultural⁷¹.

Esta cuestión ha sido duramente criticada por un amplio sector doctrinal que no consideran en ningún sentido positiva la pena establecida. En primer lugar, por sobrepasar los límites del principio de proporcionalidad. En este sentido, SERRA-VILLA realiza una comparativa entre las penas impuestas para el resto de delitos de lesiones y las establecidas en el art. 149.2 CP, planteándose si deberíamos entender el corte de un dedo o la amputación de una pierna menos grave que una ablación parcial⁷².

⁶⁹GARCIA SEDANO, T., “Mutilación genital”, pp. 303-304.

⁷⁰Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁷¹ROPERO CARRASCO, “Aspectos críticos de la penalización de la MGF”, pág. 70.

⁷²SERRA-VILA, “Multiculturalismo y Derecho Penal. Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales”, pág. 5.

Y, en segundo lugar, por establecer como castigo añadido la inhabilitación de la patria potestad en los casos en que la víctima sea menor. Considerando que en la gran mayoría de casos el sujeto pasivo se corresponde con una niña menor de edad, no resulta sorprendente la decisión del legislador de hacer esa mención expresa. Sin embargo, y es aquí donde se halla el quid de la cuestión, sí que asombra el hecho de que se castigue de este modo a unos progenitores que, en base a sus creencias, deciden someterla a un ritual que entienden positivo para sus hijas. La realidad es que imponer esta sanción no solo no va a suponer una mayor protección para las víctimas, sino que va a implicar un doble castigo para ellas. Sus padres seguirán teniendo la percepción de que han hecho lo correcto, ellas continuarán estando mutiladas y, a partir de ahora, también estarán solas⁷³.

Tal y como expone ASUA BATARRITA, deberían implantarse medidas de asesoramiento que permitan erradicar esta práctica teniendo presente que los padres no pretenden con ello causar una deformidad a sus hijas -pues ellos ni siquiera lo entienden como tal-⁷⁴. Por tanto, compartiendo la opinión de VÁZQUEZ GONZÁLEZ, no debiera el legislador aclamar nuestra cultura y sentenciar las costumbres de otros pueblos que forman parte de la pluriculturalidad existente en nuestro país⁷⁵.

⁷³En este sentido, LLABRÉS FUSTER, “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-español” citado por ROPERO CARRASCO, “Aspectos críticos de la penalización de la MGF”, pág. 70. El autor pone de manifiesto la probabilidad de que los migrantes que hayan sometido a sus hijas a esta práctica tomen la decisión, por miedo a ser perseguidos por la justicia, de no llevar a cabo una reagrupación familiar en España o, incluso, una vez aquí, no acudir a revisiones médicas con el fin de que no se detecte ese ablación; De la misma opinión, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la humanidad, el principio de proporcionalidad de las penas y la protección de las víctimas en el delito de mutilación genital femenina”, pág. 8; y CISNEROS ÁVILA, “Cuando la cultura se torna violencia. El derecho penal ante las mutilaciones genitales femeninas”, pág. 11.

⁷⁴ASUA BATARRITA, “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, pág. 97.

⁷⁵VÁZQUEZ GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre la humanidad, el principio de proporcionalidad de las penas y la protección de las víctimas en el delito de mutilación genital femenina”, pág. 8.

VII. El principio de justicia universal y su evolución en relación con la MGF.

A través de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, se introdujo la persecución del delito de mutilación genital femenina con amparo en el principio de justicia universal siempre que el presunto responsable se encontrase en España⁷⁶. Posteriormente, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, supuso una modificación del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁷ enormemente criticada por un sector doctrinal que más que un avance lo consideraban un retroceso. Sin embargo, en lo que a la perseguibilidad del delito de MGF se refiere, no hubo cambio alguno.

Aún existiendo un descontento evidente, cuatro años más tarde se aprobó la LO 1/2014, de 13 de marzo⁷⁸, que reformaba nuevamente la LOPJ. De esta manera, el legislador hizo del todo evidente su afán de limitar el alcance de la justicia universal⁷⁹.

Pese a que este cambio vino a suponer una ampliación del catálogo de delitos susceptibles de ser perseguidos por la justicia universal, trajo consigo la eliminación de otros hechos delictivos como la MGF generando un serio debate al respecto. La doctrina minoritaria habla de no considerar tal actuación como una desaparición, sino más bien

⁷⁶La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, en su artículo 23.4 g) recoge expresamente que: *“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”*. Al respecto, VALLEJO PEÑA, “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, pág. 12. Véase las SAN 1323/2013, de 4 de abril de 2013 en la que se le ha practicado la ablación a una menor en el extranjero y con posterioridad, en el año 2010, entra en territorio español junto a su madre. Su padre residía en España desde 1999.

⁷⁷COMELLAS AGUIRREZÁBAL, “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?”, pp. 92-93. CARNERO ROJO, “Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal”, pág. 56. La autora hace referencia a que el ejercicio de la jurisdicción universal por los tribunales españoles pasó a estar sometido a la concurrencia de los siguientes requisitos alternativos: i) que existieran víctimas de nacionalidad española (de manera similar al principio de personalidad pasiva); ii) que se acreditara que los presuntos responsables se encontraban en España, o iii) que se constatará algún vínculo de conexión relevante con España.

⁷⁸Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, relativa al principio de justicia universal. BOE nº 63, de 14 de marzo de 2014.

⁷⁹MARULLO, Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española, pág. 305.

como una sustitución en la legislación procesal por otras categorías delictivas más omnicomprendidas y actualizadas. Por tanto, proponen que la MGF se incluya en la categoría de libertad e indemnidad sexual prevista en el art. 23.4 k)⁸⁰.

Un sector mayoritario pone de manifiesto que la ablación no puede quedar encuadrada en ese apartado del precepto. Ello porque, remitiéndonos a nuestro CP, este delito está en el marco de las lesiones y no en los delitos sexuales y, además, el legislador opta por crear un apartado específico para aquellos delitos que se encuentran regulados en el Convenio del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (también denominado “Convenio de Estambul”), donde se recogen distintivamente los actos sexuales no consentidos (art. 36) y la mutilación genital femenina (art. 38)⁸¹.

Concordando con esta última opinión, deberemos entender que para los casos de MGF será aplicable el apartado l) del art. 23.4 LOPJ, el cual atribuye la competencia a la jurisdicción española siempre que:

“1.º el procedimiento se dirija contra un español;

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

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

⁸⁰En este sentido, SANCHÉZ PATRÓN, El principio de justicia universal en el Derecho Español, pág. 100. De la misma opinión, VALLEJO PEÑA, “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, pág. 15. La autora reconoce apreciar un doble encuadramiento del tipo penal haciendo referencia a la posibilidad de aplicar el apartado k) del precepto justificándose de la siguiente manera: “considero que en él también puede podria considerarse incluida la práctica de la MGF, bajo la perspectiva de que su práctica constituye un ataque, de los mayores y, desde luego, de por vida, contra la libertad sexual de la mujer”.

⁸¹En este sentido, FIGUERUELO BURRIEZA, “La reforma de la justicia universal y su influencia en la violencia de género: especial referencia a la que sufren las niñas”, pág. 72; así como ÁLVAREZ GARCÍA, “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, pp. 400-401.

De las premisas incluidas por la legislación española se desprende que la MGF no podrá ser perseguida aún cuando la víctima sea española si no lo es quien ha cometido el delito o se encuentra dentro del Estado español. Esta situación implica un retroceso respecto a la modificación realizada en 2009, donde era suficiente que el responsable se encontrase en territorio nacional. Puesto que la gran mayoría de casos se practican en el extranjero, el riesgo de sufrir una ablación aumenta⁸².

Así las cosas, el 1 de agosto de 2014 entra en vigor el Convenio de Estambul aportando algo de esperanza a la situación recogiendo específicamente en su art. 44.2 que:

“Las partes se esforzarán por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio”⁸³.

Teniendo presente el principio de jerarquía normativa recogido en los arts. 9.3, 10.2 y 96.1CE⁸⁴, deberá prevalecer lo dispuesto en un Tratado Internacional frente a una norma interna. De esta manera, la Audiencia Nacional se pronuncia al respecto aclarando que los recortes introducidos por esta norma no afectarán a la persecución de la ablación. De forma unánime, la Sala de lo Penal de la AN ha decidido que España es competente para investigar delitos de MGF perpetrados en el extranjero cuando los autores o las víctimas tengan algún tipo de vinculación con España⁸⁵.

⁸²Al respecto, VALLEJO PEÑA, “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, pág. 16 expone las dos dinámicas utilizadas cuando la práctica se lleva a cabo en el extranjero: en primer lugar, la menor que reside en España realiza un viaje en el que es mutilada; en segundo lugar, la menor ya ha sufrido la ablación con anterioridad a su entrada por primera vez en España. En este último caso, con la nueva regulación, al exigirse la nacionalidad española o la residencia habitual en España de la víctima en el momento de la comisión de los hechos, queda impedida su persecución.

⁸³Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

⁸⁴Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁸⁵FIGUERUELO BURRIEZA, “La reforma de la justicia universal y su influencia en la violencia de género: especial referencia a la que sufren las niñas”, pág. 74.

Pese a la tranquilidad desprendida de la argumentación anterior, preocupan aquellos supuestos en los que la práctica de la ablación tuvo lugar después de marzo -es decir, tras la reforma- y antes de la ratificación del Convenio, quedando al descubierto la posibilidad de quedar impunes por el principio de la ley penal más favorable⁸⁶.

⁸⁶SILVA CUESTA, A., La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales, pág. 350.

CONCLUSIONES

A pesar de que la MGF no sea una práctica perteneciente a la cultura española, las fuertes corrientes migratorias llevan aparejada la necesidad de que nuestro Estado manifieste una respuesta ante esta problemática. Así pues, aunque podamos y debamos entender que la solución dada se basa en la predominancia de la integridad física, la indemnidad sexual y la vida frente a la libertad de conciencia, la regulación de la ablación en nuestro ordenamiento jurídico está sujeta, tal y como se ha observado a lo largo de este trabajo, a diversos debates.

PRIMERA-. En lo que respecta a su regulación como tipo penal específico en el artículo 149.2 CP, aún cuando existe una parte de la doctrina que entiende innecesaria esta reforma, hemos de concluir que es de suma importancia otorgar un castigo concreto a esa conducta determinada, dotando así de una mayor relevancia a estas lesiones que impiden la vida sexual satisfactoria de muchas mujeres.

SEGUNDA-. Si bien son cuatro las hipótesis predominantes acerca del bien jurídico protegido, consideramos que la corriente seguida por la jurisprudencia es la más acertada. Esto es, optar por proteger la vida, la integridad física y la indemnidad sexual. A nuestro juicio, tanto la teoría monista como la dualista olvidan la manera en que esta cruel tradición les arrebató a las mujeres su sexualidad. Asimismo, en relación con la tesis tripartita y en contraposición a la opinión de un sector doctrinal minoritario, incluir la incolumidad personal supone tratar el delito con excesiva amplitud.

TERCERA-. En lo que a la conducta típica se refiere, entendemos que el legislador peca en la redacción del precepto de una excesiva generalidad. Ello nos lleva a posicionarnos de la siguiente forma: resulta imprescindible especificar en él el género del sujeto pasivo. Primero, porque queda claro mediante la Exposición de Motivos contra quien se dirige la lesión, lo que hace ilógico permitir un abanico de sujetos pasivos tan amplio; y segundo, porque no concretarlo supone restarle importancia a la causa que incentivó su creación (esto es, erradicar esta práctica cultural que no es más que otro modo de

violencia contra las mujeres). Por todo ello, consideramos que solamente podrá aplicarse el art. 149.2 CP cuando la víctima sea una mujer.

Por otro lado, aunque la literalidad del artículo nos lleve a pensar que deben quedar encuadradas en este tipo penal todas las modalidades de MGF, consideramos que la respuesta no puede ser tan simple como eso. Entendemos necesario castigar en función de la gravedad del hecho respetando, así, el principio de proporcionalidad de las penas. No obstante, tampoco creemos oportuno un descarte directo de aquellas clases de mutilación que parecen, en un primer momento, menos lesivas. Proponemos, al igual que una parte de la doctrina, llevar a cabo un análisis en cada caso concreto de la gravedad de la lesión y, siempre que tenga un efecto homologable a la amputación (por ejemplo, la infertilidad) será aplicable el art. 149.2 CP. De lo contrario, estas lesiones quedarán encuadradas en el tipo básico (art. 147 CP).

CUARTA-. En cuanto a la validez del consentimiento de la mujer mutilada, tratándose de un menor de edad, concluimos que deberá prevalecer su integridad física y moral frente a su libertad religiosa o de conciencia. No así respecto a una mujer adulta. Entendemos limitado su derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en nuestra CE. Siempre que la misma haya prestado su consentimiento de forma válida, libre, espontánea y expresa -tal y como se plantea en la ley-, debería poder realizarse las intervenciones que estimase oportunas. Lo anterior lleva a preguntarse porque consideramos válido el consentimiento de una mujer que decide someterse a una operación con fines estéticos, pero no el de una mujer que pretende hacerlo en base a sus creencias culturales o religiosas.

QUINTA-. Respecto a la pena establecida para este delito, consideramos excesiva la inhabilitación de la patria potestad cuando estemos ante una víctima menor de edad. Tal y como se ha expresado en el apartado correspondiente, resulta lógica la decisión adoptada por el legislador de incluirlo en el precepto teniendo en cuenta que este acto cultural se lleva a cabo de forma mayoritaria durante la infancia.

Sin embargo, coincidiendo con la doctrina dominante, privar a las víctimas de la compañía y el apoyo de sus progenitores como consecuencia de un hecho que ellos creen conveniente para sus hijas, lejos de suponer un beneficio para las niñas se torna perjudicial. Entendemos que este castigo no puede ser considerado una solución para erradicar esta práctica. Si bien el legislador debe castigarla y, así lo hace estableciendo la pena de seis meses a doce años de prisión, también deberá desarrollar otros métodos que permitan a los padres obtener una mayor concienciación respecto a las horribles secuelas que esta tradición -para ellos- y violencia -para nosotros- puede ocasionarle a sus hijas.

SEXTA-. Si bien ha de encontrarse una solución que ponga en balanza las creencias de los grupos sociales inmigrantes y la ley del Estado de acogida, no parece acertada -en la práctica- elaborar una teoría del error de prohibición basada en motivos culturales. Deben priorizarse siempre los derechos humanos y debemos poner un límite infranqueable, aunque ello suponga “menospreciar” tradiciones ajenas.

SÉPTIMA-. La última reforma del art. 23.4 LOPJ supone, cuanto menos, un retroceso respecto a las reformas anteriores. Sin embargo, a pesar de que debamos tener en consideración el Convenio de Estambul y, gracias a ello, nuestros tribunales son considerados competentes siempre que los autores o las víctimas tengan alguna vinculación con España, resulta sorprendente la decisión del legislador español de limitar el alcance del principio de justicia universal cuando, aparentemente, lo que se pretende es poner fin a esta brutal tradición.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, en BRAVO BOSCH (Dir.) / GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (Coord.), *Justicia y Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J., *Delito de lesiones*, Aranzadi, Navarra, 1993.

ASUA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina”, *Eguzkilore*, núm. 18, 2004, pp. 84-101.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal: parte especial*, Ariel, Barcelona, 1986.

CÁMARA ARROYO, “La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del art. 149.2”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2014, pp. 830-882.

CARNERO ROJO, E., “Crónica de una muerte anunciada: la jurisdicción de los tribunales españoles sobre crímenes internacionales antes y después de la Ley Orgánica 1/2014 relativa a la justicia universal”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, vol. 3, 2015, pp. 41-77.

CISNEROS ÁVILA, F., “Cuando la cultura se torna violencia. El derecho penal ante las mutilaciones genitales femeninas”, en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº extra 7, 2021, pp. 1-18.

CISNEROS ÁVILA, F., *Derecho Penal y Diversidad Cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M., “La jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009: ¿racionalización del principio o un paso atrás en la lucha contra la impunidad?”, en *anuario español de derecho internacional*, VOL. 26, 2010, pp. 1-50.

CUADRADO RUIZ, M.A, “Derechos humanos, violencia y género”, en CARPIO DELGADO y GARCÍA ÁLVAREZ (Coord.), *Derecho Penal: la espada y el escudo de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 41-59.

Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. La mutilación genital femenina en España, 2019. Disponible en:

https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/pdfs/Estudio_MGF.pdf

ERICE CASADO, A., Mutilación genital: relevancia del fenómeno cultural en su tratamiento jurídico-penal (TFM). Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2017. Disponible en:

<https://academica-e.unavarra.es/xmlui/handle/2454/23783>

ESPINOSA CEBALLOS, E., “Derecho penal y diversidad religioso-cultural: los delitos de mutilación genital y matrimonio forzado”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. pp. 300-316.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., “La reforma de la justicia universal y su influencia en la violencia de género: especial referencia a la que sufren las niñas”, en SÁNCHEZ BARRIOS (Dir.), *Derechos humanos e igualdad. Tras la estela de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2023.

GARCÍA SEDANO, T., “Mutilación genital”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº13, 2017, pp. 293-306.

GÓMEZ MARTÍN, V., “Delitos contra la salud individual”, en CORCOY BIDASOLO (Dir.) / HORTAL IBARRA (Coord.), *Manual de derecho penal. Parte especial. Tomo I*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

HERMIDA DEL LLANO, C., *La mutilación genital femenina: el declive de los mitos de legitimación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

HERMIDA DEL LLANO, C., “La mutilación genital femenina desde una perspectiva integral y multidisciplinar”, DÍAZ BARRADO y FERNÁNDEZ LIESA (Dir.) y VERDIALES LÓPEZ (Coord.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas / derechos humanos y empresas*, nº9, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 2018.

HERMIDA DE LLANO, C., “La mutilación genital femenina desde la perspectiva jurídica española”, en *Bajo Palabra*, nº 15, 2017, pp. 47-66.

ÍÑIGO CORROZA, E., “El consentimiento de la víctima. Hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 75, 2022, pp. 167-203.

MARCHAL ESCALONA, N., “La protección en España de las mujeres y niñas inmigrantes frente a la mutilación genital femenina”, en PÉREZ GONZÁLEZ (Coord.), *Derecho Internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, pp. 321-369.

MARULLO, M., Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española (tesis doctoral). Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2017. Disponible en:

https://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/27067/chiara_brunet_Academica-e-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PARDEZA NIETO, M.D., “Aplicación de la agravante de género”, en *Diario La Ley*, Nº 10054, Sección Comentarios de jurisprudencia, 2022, pp. 1-6.

ROPERO CARRASCO, J., “Aspectos críticos de la penalización de la MGF”, en KAPLAN y NUÑO GÓMEZ (Dirs.), *Guía Multisectorial de Formación Académica sobre Mutilación Genital Femenina*, Dykinson, Madrid, 2017.

RUEDA MARTÍN, A., “Sobre la necesidad de atribuir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal”

SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., *El principio de justicia universal en el derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SANZ MULAS, N., *Delitos culturalmente motivados*, Tirant lo Blanch, España, 2018.

SERRANO GÓMEZ, A., *Curso de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2021.

SERRA-VILA, A.: “Multiculturalismo y Derecho penal. Delitos culturalmente motivados: entre la integración y la claudicación en los sistemas penales occidentales”, en *Diario La Ley*, nº8577, 2015.

SILVA CUESTA, A., La mutilación genital femenina: aspectos jurídico-penales (tesis doctoral). Universidad de Granada, Granada, 2017. Disponible en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47381/26655561.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al art. 149” en QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al nuevo Código penal, Aranzadi, Pamplona, 2016.

TORRES FERNÁNDEZ, M.: “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”, *cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 17, 2008. Disponible en: <https://www.uv.es/CEFD/17/torres.pdf> (fecha de última consulta: 26 de marzo de 2023).

VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, nº14, 2014, pp. 1-22.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Reflexiones sobre la humanidad de la justicia, el principio de proporcionalidad de las penas y la protección de las víctimas en el delito de mutilación genital femenina”, en *La Ley*, nº34, 2022, pp. 1-19.

VICENTE MARTINEZ, “El largo viaje contra la mutilación genital femenina”, en MONGE FERNÁNDEZ (Dir.)/ PARRILLA VERGARA (Coord.), *Mujer y Derecho Penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019

VIDAL GALLARDO, M., “Implicaciones jurídicas de la mutilación genital femenina en las sociedades abiertas”, en *Derechos y libertades*, Nº 34, 2016, pp. 169-202.

TEXTOS LEGALES CONSULTADOS

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE

Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1998.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE nº157, de 2 de julio de 1985.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, relativa al principio de justicia universal. BOE nº 63, de 14 de marzo de 2014.

REPERTORIO DE SENTENCIAS

Tribunal Constitucional

STC 154/2002, de 18 de julio de 2002

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo 482/2007 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 30 de mayo de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 835/2012 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 24 de octubre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo 399/2014 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 8 de mayo de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 782/2016 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de octubre de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 4537/2017 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de diciembre de 2017.

Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional 1323/2013, de 4 de abril de 2013.

Audiencia Provincial

Sentencia de la Audiencia Provincial 197/2011, de 15 de noviembre de 2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 4991/2013, de 13 de mayo de 2013.

