



TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA MUTILACIÓN GENITAL

FEMENINA: ANÁLISIS DEL ART. 149.2 CP.

Andrea Goizueta García

DIRECTORA

Leticia Jericó Ojer

Pamplona

29 de mayo de 2017

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un estudio la problemática de la mutilación genital femenina desde distintas perspectivas. En primer lugar, aludiré al fenómeno cultural que constituye en un gran número de civilizaciones. Analizaré el tratamiento de la mutilación desde el punto de vista del Derecho internacional: la repercusión que ha tenido en la comunidad internacional y las medidas que se han adoptado. Analizaré el art 149.2 CP que tipifica en específicamente las mutilaciones genitales. Finalmente, se abordará la aplicabilidad del conflicto de conciencia en estos supuestos y la incidencia que tiene sobre la culpabilidad.

Palabras clave: Mutilaciones genitales – Motivación – Órgano principal – Conflicto de conciencia – Error de prohibición

ABSTRACT

This report examines female genital mutilation from different perspectives. In the first place, I will talk about the cultural phenomenon that is constituted in a great number of civilizations. I will analyse mutilations from the point of view of international law: the impact it has had on the international community and the measures that have been adopted. I will study the art 149.2 CP that specifically typifies genital mutilation. Finally, I will talk about the applicability of the conflict of conscience in these assumptions and the incidence that has on the culpability.

Key words: Genital mutilation – Motivation – Main organ – Conflict of conscience – Prohibition error

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DDHH	Derechos Humanos
Dir.	Director
EEUU	Estados Unidos
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONGs.	Organizaciones No Gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pág.	Página
Págs.	Páginas
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

I.	Introducción.	5
II.	La mutilación genital: su análisis como fenómeno cultural.	5
	1. Concepto	5
	2. Consecuencias	7
	3. Motivación	8
III.	Trascendencia jurídica internacional	14
	1. Visualización a nivel internacional.	15
	2. Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.	20
	3. Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica	22
	4. Recapitulación	25
IV.	La mutilación genital femenina desde la óptica del Derecho penal: análisis del art. 149.2 CP	25
	1. Introducción	25
	2. Análisis del tipo penal: vertientes objetiva, subjetiva y pena aplicable	28
V.	Breve análisis del problema en el ámbito de la justificación: el conflicto de conciencia.	31
	1. Introducción	31
	2. Conflicto de conciencia	31
	3. Delincuente por convicción	32
VI.	Análisis de la mutilación genital desde la culpabilidad	35
	1. Introducción	35
	2. Aproximación al concepto de culpabilidad	35
	3. El error de prohibición	40
	4. Tratamiento concreto en supuestos de mutilación genital	42
	5. Recapitulación y valoración personal	45
VII.	Conclusiones	46
VII.	Bibliografía	48
VIII.	Relación de jurisprudencia consultada	50

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre el tratamiento jurídico que reciben las mutilaciones genitales desde el Derecho penal, que se materializa en el art 149.2 CP, precepto que fue incluido con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

En primer lugar, analizaré las mutilaciones genitales como fenómeno social y cultural. Explicaré brevemente las distintas modalidades que existen, las consecuencias tanto físicas como psíquicas que provocan sobre las víctimas y los motivos que se impulsan a los autores a realizar tales prácticas – aspecto de gran relevancia a la hora de determinar las consecuencias penales.

Puesto que se trata de un delito que se perpetra a escala mundial, por formar parte del acervo cultural de gran número de civilizaciones, a continuación, explicaré la respuesta que se ha ofrecido por parte de la comunidad internacional frente a estos supuestos y los instrumentos jurídicos más relevantes que se han creado.

Asimismo, analizaré el art. 149.2 CP. Abordaré brevemente los motivos de su introducción como tipo penal en nuestro ordenamiento jurídico y lo estudiaré desde sus vertientes objetiva y subjetiva, así como la pena aplicable.

Como se ha mencionado, la motivación de estos delitos resulta de gran importancia a la hora de determinar la responsabilidad penal de los sujetos. Es por ello que se examinará brevemente la problemática de la justificación del delito de mutilación genital a través del conflicto de conciencia.

Por último, se estudiará la incidencia del conflicto de conciencia, de manera general, en el ámbito de la culpabilidad, y su posible aplicación en el delito de mutilación genital, concluyendo con un posicionamiento personal al respecto.

II. LA MUTILACIÓN GENITAL: SU ANÁLISIS COMO FENÓMENO CULTURAL

1. Concepto

La mutilación genital femenina es el término empleado para definir la extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos. Existen cuatro modalidades de mutilación, según la OMS: la clitoridectomía, la escisión, la infibulación, y por último, otras modalidades de manipulación de los genitales femeninos con fines no terapéuticos (*dry-sex, piercing*)¹.

La infibulación (o circuncisión faraónica) constituye la modalidad de mutilación más severa. Consta de la excisión del prepucio, clítoris, la totalidad de los labios menores y mayores y la sutura de ambos lados de la vulva, dejando un pequeño orificio que permite la salida de la orina y sangre menstrual. En algunas modalidades menos típicas, se extirpa menor cantidad de tejido, dejando una apertura más grande². La clitoridectomía consiste en la eliminación del prepucio del clítoris. En Occidente se conoce como circuncisión (*sunna* en el mundo islámico). En África equiparan esta modalidad también con la circuncisión masculina. La excisión es la ablación del clítoris y de los labios menores, total o parcialmente, dejando los labios mayores intactos.

La mutilación genital constituye una práctica con muchos variantes dependiendo de la zona geográfica y cultural que se trate. En cuanto a la edad, ésta oscila entre los primeros meses desde el nacimiento y el primer embarazo. Los estudios revelan que se practica, generalmente, entre los cuatro y los ocho años, aunque la OMS anuncia que el rango de edad va descendiendo.

El procedimiento puede ser individualizado pero lo más frecuente es que sea colectivo. Se suelen elegir lugares como casas de la niña o de sus parientes. Sin embargo, algunas culturas tienen un lugar concreto *ad hoc*, especialmente en aquellas sociedades que conciben la mutilación como una iniciación. Los perpetradores pueden ser ancianas de la localidad, comadronas, curanderas o incluso barberos. Generalmente solo admite la presencia de mujeres. El conocimiento de la víctima varía según sus características subjetivas, especialmente según su edad. También su percepción sobre la mutilación puede depender de la concepción que se tenga del acto en esa comunidad: ritual de paso a la edad adulta, de pertenecer a la comunidad, etc.

¹ LABRÉS FUSTER, A: “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español” en, DE LUCAS (Coord.) *Europa, derechos, culturas*, 2006, pág. 19.

² AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21.

2. Consecuencias

La mutilación genital femenina puede desencadenar una serie de consecuencias tanto físicas como psicológicas, con una gran incidencia en la sexualidad femenina.

a) En cuanto a las consecuencias *físicas*, podemos distinguir entre los efectos inmediatos del propio procedimiento y los efectos que se pueden desencadenar a largo plazo.

La mutilación puede provocar la muerte por infecciones o hemorragia. En el acto pueden presentarse dolores, conmoción, hemorragias y daños en los órganos alrededor del clítoris y los labios.

A largo plazo, las mutilaciones originan una gran serie de complicaciones de gran impacto en la salud que pueden provocar dolor y malestar extremos a la víctima, tales como: retenciones de orina, infecciones graves y/o crónicas, hemorragias intermitentes, abscesos, pequeños tumores benignos en el nervio, etc. Cabe destacar que la infibulación, la más severa modalidad, puede desencadenar efectos a largo plazo aún más graves, entre los que destacan, infecciones crónicas en el tracto urinario, trastornos renales, infecciones del tracto genital como consecuencia de la obstrucción del flujo menstrual o infertilidad.

La mutilación tiene también un gran impacto en lo referente al parto, que variará en función de la modalidad que haya padecido. El tejido cicatrizal fruto de la excisión puede desgarrarse en el acto de alumbramiento. Como consecuencia de la infibulación, es necesario practicar a la mujer un corte para permitir la salida del bebé, pero si no existe personal capacitado para asistirles, pueden producirse desgarros perineales u obstrucción del parto. Todo ello pone en peligro tanto la salud y vida de la madre como la del feto. Es muy frecuente que tras el parto, se vuelva a someter a la madre a otra infibulación, para que queden “estrechas” para sus maridos³. Como consecuencia de las sucesivas intervenciones y mutilaciones tras los diversos embarazos, se suele formar un fuerte tejido cicatrizal en la zona de los genitales.

Desde el punto de vista de la *sexualidad* femenina, la mutilación puede hacer que el primer acto sexual sea extremadamente doloroso, dado que solo puede realizarse

³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág.24.

tras la dilatación gradual y dolorosa de la abertura, pudiendo llegar a ser necesario practicar una incisión previa. Esto lo convierte ya no solo en un acto doloroso y traumático sino también peligroso, ya que muchas veces estas incisiones las practican directamente sus esposos, causándoles graves heridas. Para muchas mujeres víctimas de mutilación, el acto sexual siempre resulta doloroso. Asimismo, la importancia del clítoris en la sexualidad femenina como órgano genital necesario para experimentar placer sexual y orgasmos conlleva que su extirpación total o parcial repercute de forma negativa a la satisfacción sexual femenina.

A todo esto hay que añadir que la reutilización del instrumento con el que se ha ejecutado la mutilación, sin esterilizarlo, en otras víctimas y la práctica de relaciones sexuales con mujeres que presentan incisiones y heridas en sus genitales como consecuencia de la mutilación, propician el contagio y propagación del virus del VIH.

b) Los efectos *psicológicos* de la mutilación genital femenina no han podido ser analizados y estudiados tan detalladamente como los físicos, dada la falta de estudios y pruebas científicas al respecto en las zonas donde más frecuente y cruda es su práctica. No obstante, se han podido extraer de los diversos relatos de las víctimas ciertos sentimientos comunes como terror, ansiedad, humillación y traición, que se estima generaran secuelas psicológicas a largo plazo⁴.

Por contrapartida, el contexto socio-cultural en el que se suele desarrollar la mutilación, en algunas ocasiones, puede mitigar los efectos nocivos. Esto se debe a que en muchas sociedades se concibe como ritual de paso o de pertenencia a la comunidad, celebrando fiestas, felicitaciones e incluso recibiendo regalos.

Como analizaré en apartados sucesivos, las consecuencias de la mutilación genital femenina son de gran trascendencia por dos motivos. En primer lugar, porque su realización da a lugar a un delito de lesiones, previsto y penado en el art. 149.2 CP y, en segundo lugar, porque presenta diferencias con la circuncisión masculina.

3. Motivación

⁴ Entre estas, hay expertos que afirman que la mutilación contribuye a forjar un comportamiento tranquilo y dócil en las víctimas - que se analizará en apartado 3.4. El control social a través de la violencia contra las mujeres.

Este es uno de los aspectos más relevantes que afectan al fenómeno de la mutilación genital femenina porque, como se explicará más adelante, se ha planteado si jurídicamente, la especial motivación que existe en esta práctica puede merecer un tratamiento diferenciado. Así, tradicionalmente se ha planteado la problemática de la mutilación genital femenina como una cuestión muy relacionada con el denominado conflicto de conciencia o por convicción. La motivación nos dice por qué se considera una conducta reprobable y que ha de ser erradicada - además de las graves secuelas y efectos que tiene para las víctimas - y a cuál va ser la respuesta que el ordenamiento jurídico va a ofrecer contra el sujeto, analizando su condición subjetiva, esto es, su culpabilidad⁵.

En relación a la circuncisión masculina, hay opiniones que aprecian cierta desigualdad de tratamiento, tanto jurídico como cultural, en relación con la mutilación genital femenina. Alegan que la circuncisión masculina es una forma de mutilación genital que no es perseguida, puesto que ha calado en Occidente la concepción profiláctica de tal práctica. Los sexólogos destacan las funciones del prepucio en la vida sexual masculina y las complicaciones a corto, mediano y largo plazo de este procedimiento quirúrgico⁶.

Asimismo, destacan el paralelismo entre la argumentación que ofrecen las personas pertenecientes a culturas practicantes de la mutilación genital femenina con la de la circuncisión masculina, en Occidente. Coinciden argumentos tales como que es solo un trozo de piel, la estética, mitos sobre la peligrosidad de esos órganos, la suciedad e impureza de esos órganos, entre otros⁷.

Sin embargo, la justificación de las diferencias en cuanto a su consideración radica tanto en el impacto físico y psicológico que entraña la mutilación genital femenina, como la mentalidad que subyace en su práctica.

Las complicaciones que se pueden derivar de una circuncisión no se equiparan a las secuelas físicas, explicadas con anterioridad, que desarrollan las víctimas de

⁵ Esto se analizará en más profundidad en el apartado VI. Análisis de la mutilación genital desde la culpabilidad.

⁶ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 40

⁷ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, págs. 63, 64 y 65

mutilación genital femenina. A su vez, el impacto psicológico, la experiencia traumática y la consecuente limitación en el plano sexual que sufre la mujer mutilada no encuentran su efecto análogo en la circuncisión masculina. No obstante, ello no es óbice para que cuando se dé un caso de una brutal y cruenta mutilación genital en una víctima varón, similar a las formas de mutilación femeninas, el autor responda por su hecho y los derechos de la víctima sean protegidos por el ordenamiento jurídico.

La motivación que sustenta la circuncisión, aunque algunos factores sean coincidentes (ritual de paso, de iniciación, ambigüedad sexual), también difiere. Aunque este aspecto se abordará con mayor profundidad en el siguiente apartado, cabe apuntar simplemente que la mutilación genital femenina está condicionada por una mentalidad discriminatoria, machista y patriarcal que no se aprecia en la circuncisión masculina.

A continuación, voy a explicar cuáles han sido los motivos que se esgrimen para justificar la mutilación genital femenina, esto es, la religión, la cultura, la identidad sexual y el control.

3.1. Religión

Los estudios han revelado que la práctica de la mutilación genital femenina no se circunscribe a una religión concreta, sino que está presente en las religiones mayoritarias, tales como, el islam, el cristianismo y el judaísmo.

Aunque la mutilación genital femenina es anterior al Islam y no es habitual entre todos los musulmanes, esta ha adoptado una dimensión religiosa⁸. Ni la mutilación genital femenina – ni la circuncisión masculina – están recogidas en el Corán. Sin embargo, los líderes islámicos no dan una respuesta unánime al respecto porque existen algunos *hadith* – proverbios atribuidos al profeta Mahoma – que se refieren a ella. Además la *charia* establece como deseable la mutilación genital femenina, entre otras razones⁹. De esta manera, se considera que la práctica de la ablación no tiene el carácter de obligatorio por ser una exigencia religiosa, sino que forma parte de la tradición como una práctica de carácter recomendatorio¹⁰.

⁸ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 29

⁹ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 26

¹⁰ JERICÓ OJER, L, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, Pág. 570.

Se tiene constancia de que los *falashas* (judíos etíopes) practicaban la mutilación genital femenina, pero se desconoce si esta práctica se ha mantenido tras su emigración a Israel.

En el cristianismo no existe precepto que obligue ni a la circuncisión ni a la mutilación genital femenina, a pesar de que se practica. Algunos conversos cristianos la han mantenido. Algunos misioneros han intentado desterrarla pero han desistido por estar demasiado arraigada, mientras que otros directamente no la han condenado, o incluso la han aprobado, por no perder adeptos¹¹.

El resto de manifestaciones de este fenómeno se encuentran en grupos indígenas de religiones animistas tradicionales.

Se puede apreciar que la mutilación genital femenina no trae causa directa de la religión – no al menos de las principales religiones a nivel mundial – sino que su fundamento se encuentra más relacionado con el tejido cultural de cada sociedad, que comprende, obviamente, la religión¹².

3.2. *Cultura*

La costumbre y la tradición son las razones que justifican, con mayor frecuencia, la mutilación genital femenina, dado que su práctica determina la pertenencia al grupo social. Puede tratarse de un ritual de paso a la edad adulta y/o formar parte del acervo cultural sobre higiene, salud y estética de la comunidad.

Así como sostiene ÁLVAREZ DEGREGORI, “el ritual de paso es un acto social que marca la separación del mundo asexual de la infancia y la incorporación al mundo sexual de los adultos, formado por individuos de uno y otro sexo¹³”. Estos rituales suelen tener la consideración de actos públicos, es decir, actos que cuentan con la legitimación y consenso social manifestado, en muchas ocasiones, en celebraciones colectivas, regalos, etc. Así, una niña no puede considerarse adulta si no ha sido

¹¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 29

¹² ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 27

¹³ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 99.

sometida a este ritual. Estos actos tienden a estar íntimamente relacionados con condicionantes de crianza que fomentan conflictos de identidad sexual¹⁴.

Como se ha mencionado, la limpieza y la higiene son razones que se emplean para justificar las mutilaciones. Esto queda evidenciado por el propio lenguaje, ya que son muchas las culturas en las que el término mutilación es sinónimo de limpieza y purificación; por otro lado, por las supersticiones relacionadas con la incidencia del clítoris en la salud y por la propia percepción estética de los genitales femeninos sin mutilar.

Entre todo el bagaje supersticioso cabe destacar la creencia de que, de no ser extirpados, los genitales de la mujer crecen hasta colgar de sus piernas; si el clítoris toca el pene de un hombre, morirá, o si durante el parto la cabeza del niño toca el clítoris este también morirá. Asimismo, en algunas sociedades se considera poco limpias a las mujeres sin mutilar y no se les permite manipular ni alimento ni agua. También, se considera estéticamente feos y voluminosos los genitales femeninos sin mutilar.

Por todas estas razones, los integrantes de muchas comunidades no pueden imaginarse una mujer sin estar mutilada genitalmente, llegando incluso a marginar socialmente a aquellas no mutiladas, ya que se considera que practicar la intervención conlleva cierto estatus social¹⁵.

Es en este fuerte arraigo cultural donde radica la dificultad para erradicar esta práctica, ya que la mutilación femenina constituye una parte esencial de la identidad social de estas comunidades.

3.3. *Identidad sexual*

En muchas culturas, tanto la mutilación genital femenina como la circuncisión masculina constituyen dos caras de la misma moneda, con el fin de definir la identidad sexual de ambos colectivos en la sociedad.

Para sociedades como los *dogón* – etnia africana de Mali – el prepucio representa lo femenino en el varón y el clítoris lo masculino en la mujer. Para ellos, se trata de un “seudo-hermafroditismo” que se da biológicamente, tanto en hombres como

¹⁴ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 102.

¹⁵ JERICÓ OJER, L, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 570.

mujeres, que no permite ser definitivamente femenino o masculino en tanto que la situación de ambigüedad sexual no se defina a través de la circuncisión del prepucio o la ablación del clítoris, respectivamente¹⁶.

De esta manera, la práctica de la mutilación permite diferenciar entre los sexos no sólo físicamente, sino en lo que se refiere a sus futuros roles en la vida y en el matrimonio. Se cree que la mutilación genital femenina incrementa la feminidad, considerándola íntimamente relacionada con la docilidad y la obediencia – efectos que es probable que tenga en la niña como consecuencia al trauma padecido. Además, cuando la mutilación está insertada dentro del contexto de un ritual de paso, va acompañada de una serie de enseñanzas explícitas sobre el papel de la mujer en su sociedad¹⁷. De este modo, se perpetúa la práctica de la mutilación genital como un signo identificativo del sexo y de incorporación de la niña a la vida social y de atribución de un papel determinado en el matrimonio, dado que solo después del ritual se considera que la mujer pertenece a la comunidad adulta¹⁸.

3.4. *El control social a través de la violencia contra las mujeres*

Para entender el fenómeno de la mutilación genital femenina es necesario contextualizarlo a un nivel social.

El término género hace referencia a la construcción social de la diferencia sexual entre hombres y mujeres. En relación con esto, el concepto de patriarcado constituye la construcción social en virtud de la cual las diferencias fisiológicas entre hombres y mujeres conllevan a una jerarquización de los géneros. Hace referencia a la situación de conflicto por la distinta posición de poder que ocupan mujeres y hombres en un sistema de dominación, en el que estos son los beneficiarios en esta jerarquía¹⁹.

En el ámbito de este sistema, la violencia tiene un papel crucial. Los estudios sociológicos destacan dos factores sobre el uso de la violencia contra las mujeres. Por un lado, para diferenciar socialmente los sexos, asociando la virilidad y la masculinidad

¹⁶ ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, págs. 75 y 76.

¹⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 27

¹⁸ JERICÓ OJER, L, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 569.

¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, págs. 11 y 12.

con el uso legítimo de esta violencia, mientras que la feminidad se configura como un centro pasivo y receptor de tal violencia, es decir, las mujeres serán sus víctimas potenciales. Por otro lado, para mantener la vigencia de estas relaciones de subordinación - o incluso de propiedad - entre los géneros, según el cual las mujeres deben obediencia y sumisión a sus maridos y compañeros. Aparece así la violencia como un medio de control social sobre el comportamiento de las mujeres²⁰.

Es dentro de este contexto cultural - atemporal y extendido a nivel mundial – donde se circunscribe el fenómeno de la mutilación genital femenina como una práctica que identifica la mutilación del cuerpo y la mutilación de los derechos de las mujeres y, por ende, su subordinación al colectivo de los varones²¹.

Dentro del control social que se pretende ejercer, cabe destacar su incidencia sobre la sexualidad femenina, evidenciando una absoluta restricción de su autonomía y libertad sexual. En muchas sociedades, se cree que su práctica, considerada signo de docilidad, obediencia y sometimiento, mitiga el deseo sexual, reduciendo así las probabilidades de que mantenga relaciones extramatrimoniales, ya que se pone en duda la fidelidad de las mujeres mutiladas por su propia voluntad. La importancia del control sobre la virginidad de la mujer en estas sociedades radica en que de ello depende el honor de toda la familia. También una de las razones que se esgrimen es que potencia el placer sexual y el deseo del hombre²².

Esta violencia pretende reforzar la interiorización de la desigualdad de la mujer, lo que no sucede con la circuncisión masculina, dado que ésta no responde a un esquema de control social sobre el comportamiento masculino. Por el contrario la mutilación genital es una de las manifestaciones a través de las que se subyuga al colectivo femenino conminándolas a un plano de inferioridad, sumisión y subordinación frente a los hombres. Es este diseño machista, basado en la inferioridad natural y consecuente indefensión de la mujer, el que se pretende combatir a través de la concienciación de la sociedad y la respuesta penal.

III. TRASCENDENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL

²⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998 pág. 13

²¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998 pág. 14

²² JERICÓ OJER, L, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 569.

1. Visualización a nivel internacional

1.1. Problemas de concienciación

En un primer momento, en el ámbito del Derecho internacional, había un grave problema de concienciación respecto a la mutilación genital femenina. De un lado, por parte de los propios órganos internacionales que han tardado en dar respuesta a este fenómeno universal, y de otro lado, por parte de los integrantes de las sociedades que lo practican.

En primer lugar, cabe destacar que esta práctica, tradicionalmente, no ha sido considerada como un acto de violación de Derechos Humanos. Esto se ha debido en parte a que se ha realizado dentro del seno de la familia y de la comunidad en cuestión; esto ha implicado que la violencia contra mujeres y niñas se haya considerado comúnmente como algo dentro de la esfera privada y, además, porque sus perpetradores son particulares y no agentes del Estado. Asimismo, al estar tan arraigada culturalmente, cualquier medida contra la mutilación era considerada como un acto de imperialismo cultural²³.

Esto trajo consigo una ausencia de persecución a nivel internacional y de implementación de medidas que contribuyeran a su erradicación, dejando a las víctimas de la mutilación genital femenina desprotegidas, en relación a víctimas de otros delitos como la tortura. De este modo, mientras que la tortura fue prohibida tras la Segunda Guerra Mundial, no fue hasta 1993 - la Conferencia Mundial de la ONU sobre Derechos Humanos en Viena proclamara que cualquier forma de violencia contra la mujer se consideraba una obligación de derechos humanos²⁴ - cuando por fin se visibilizó la mutilación genital femenina como un delito contra los Derechos Humanos.

En 1958, la ONU incluyó en su trabajo de protección a nivel internacional de los Derechos Humanos la mutilación genital femenina, pero la oposición por parte de los países practicantes, por considerar la intervención como una administración colonial, frenó la intervención extranjera, por lo que la introducción de la mutilación genital

²³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 37

²⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 37

dentro del trabajo humanitario de la ONU se vio paralizada durante otros 20 años. En 1979 la OMS fijó nuevas pautas internacionales en torno a la mutilación genital femenina. Finalmente, tras las demandas de las iniciativas privadas en pro de la defensa de los derechos de las mujeres en los países en vías de desarrollo, se creó en 1984 el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Prácticas Tradicionales que Afectan a la Salud de las Mujeres y Niños. Esto condujo al Plan de Acción para la Eliminación de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales que Afectan a la Salud de las Mujeres y Niños (1994). Posteriormente se ha ido suscribiendo instrumentos internacionales que complementan estas iniciativas²⁵.

Algunos países (como Canadá y EEUU) han reconocido la condición de refugiadas, basándose en la Convención de la ONU sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, a aquellas mujeres que sufren el riesgo de ser víctimas de la mutilación genital en sus respectivos países, así como a las familias de las niñas que tienen que huir para que estas no sean sometidas a tal práctica. Sin embargo este reconocimiento está siendo muy lento, ya que no todos los países que han suscrito la Convención la aplican en estos supuestos²⁶.

En segundo lugar, tal y como mencionaba con anterioridad, nos encontramos con el principal problema a la hora de abordar la erradicación de la mutilación genital femenina: el arraigo cultural. Tal como se ha explicado en el apartado anterior, este fenómeno se ve motivado y justificado con base a la identidad cultural de la comunidad. Están tan intrínsecamente relacionados mutilación genital y acervo cultural, que la mera puesta en duda sobre su práctica se considera una afrenta contra los cimientos de la comunidad, tal como evidenció Jomo Kenyatta (ex presidente de Kenia) cuando sostuvo que la abolición de la mutilación genital femenina destruiría el sistema tribal²⁷.

Además, se aprecia que, en las comunidades donde se practica, existe una falta de empatía con respecto a las víctimas y un alto nivel. Consecuentemente, la sociedad concede mayor prioridad a la ejecución del acto como parte de su tradición que a la propia vida e integridad de las víctimas. Esto se evidenció en una encuesta de opinión

²⁵ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, págs. 57 y 58.

²⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 59

²⁷ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 27

realizada en Egipto en 1996, que revelaba que el 59% de los encuestados habían mutilado a sus hijas, el 64% no tenía constancia de ningún fallecimiento de niñas a consecuencia de la mutilación y de entre los encuestados que habían sabido de casos de muerte a consecuencia de la mutilación genital femenina, el 50% no habían cambiado su opinión al respecto y mantenían la necesidad de realizar la mutilación²⁸.

Debido a los problemas de concienciación y deficiencias en la actuación legislativa por parte de los Estados, la lucha contra la mutilación genital ha venido promovida por la iniciativa privada de las organizaciones no gubernamentales.

Han sido ONGs de ámbito nacional e internacional las pioneras en darse cuenta de la magnitud, trascendencia e implicaciones que conlleva la mutilación genital femenina, tanto en las propias víctimas como a escala social. Con su trabajo de investigación a nivel sanitario, sociológico y educativo han ido adoptando medidas de concienciación a nivel social y, lo que es más importante, a nivel intergubernamental. Han conseguido así visibilizar esta cuestión a nivel internacional para que los Estados asuman este fenómeno como una cuestión de defensa de los derechos humanos en general y de los derechos de la mujer y de los niños, en particular.

Aunque para los progresos más importantes en la materia son imprescindibles las medidas gubernamentales y serán estas las que consigan los resultados a largo plazo, es innegable el reconocimiento que se merecen las ONGs como emprendedoras de la lucha contra la mutilación genital femenina y como herramienta complementaria para garantizar la eficiencia y eficacia de las medidas intergubernamentales.

Cabría destacar dentro del activismo humanitario una gran variedad de organizaciones de distinta índole, tales como, organizaciones de mujeres o profesionales de la salud educadores. Sobresalen ONGs como Avance Internacional, Comisión para la Abolición de las Mutilaciones Sexuales, Igualdad Ahora, Red de Investigación o Acción e Información para la Integridad Física de las Mujeres²⁹.

²⁸ ÁLVAREZ DEGREGORI, M .C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 60

²⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998 pág. 62

Cabe mencionar, dentro del campo de la intervención no gubernamental, el programa de acción de 10 puntos de Amnistía Internacional³⁰. En primer lugar, declara que la mutilación genital femenina constituye un abuso contra los Derechos Humanos y, por ello, los gobiernos deben afirmar su compromiso solemne e inequívoco para reducir y erradicar su práctica. Destaca la necesidad de colaboración entre los agentes gubernamentales pertinentes y las ONGs y organizaciones internacionales especializadas en los derechos humanos, salud y desarrollo. Recalca la necesidad de reconocer la mutilación genital femenina como una forma de persecución basada en el género integrada en el ámbito de protección de la Convención de la ONU sobre el Estatuto de los Refugiados. Por último, propone asumir una labor de concienciación social por medio de programas de información pública a través de los medios de comunicación pertinentes, especializando los programas en función del grupo social destinatario de la información.

1.2. El papel de la legislación y sus problemas de aplicación

Todos aquellos países que han suscrito los instrumentos jurídicos internacionales tendientes a erradicar la mutilación genital femenina tienen el deber de adoptar en su legislación interna medidas que combatan la violencia contra la mujer. Aunque es importante que esté tipificado como delito – como declaración simbólica por parte de los Estados de su posicionamiento contra esta práctica –, la supresión de este fenómeno es una cuestión sensible y que debe ser abordada desde varios ámbitos, no solo desde el Derecho penal.

En la práctica, se han apreciado disfuncionalidades en la aplicación del delito de mutilación genital femenina. La clandestinidad es uno de los principales problemas.

³⁰ Recomiendan emprender una investigación sobre la práctica de la mutilación genital femenina en sus respectivos países, en concreto sobre su difusión, efectos, actitudes sociales y preceptos religiosos, así como sobre la repercusión de las medidas adoptadas hasta la fecha. Con este fin en concreto, se deberá revisar la legislación nacional para corroborar el grado de eficacia de las leyes y de su aplicación y si se adecúan a la normativa internacional. A este respecto, destaca la necesidad de ratificar una serie de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Mujer..., etc. Pretenden garantizar que los programas referentes a la mutilación genital femenina se integren en los aspectos pertinentes de la política estatal, de tal modo que los departamentos de sanidad prohíban a sus médicos su práctica e incorporen esta prohibición a sus códigos éticos. Siguiendo esta línea de actuación, los departamentos de educación, asuntos de la mujer y de inmigración y desarrollo deberán incluir estos programas así como abordar los factores subyacentes que motivan la mutilación genital. Finalmente, compelen a los gobiernos a asumir un papel activo en sus políticas, tanto protegiendo y apoyando a las ONG, para que puedan desempeñar sus labores de contra la mutilación genital femenina, así como apoyar las iniciativas regionales e interregionales para combatirla.

Mientras que antes de la tipificación esas conductas se realizaban de manera abierta, el temor a la persecución por parte de las autoridades ha propiciado su perpetración de manera clandestina y consecuentemente, se ha incrementado el riesgo para las víctimas, porque obliga a sus perpetradores a ejecutar el acto en condiciones aún más nocivas y peligrosas. Es más, los perpetradores tienden a regresar a su país de origen para ejecutar la mutilación genital dado que ahí no suele estar tipificada como delito. De ahí la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la inclusión de la mutilación genital en la LOPJ como delito perseguible en el extranjero³¹.

Por otro lado, aunque formalmente el Estado haya adoptado las medidas contra la mutilación genital femenina, los Gobiernos son reticentes a darle un alcance real ya que eso les podría perjudicar políticamente como reacción de su electorado. Además, puesto que es necesario un Estado estable políticamente para poder activar estas medidas de manera eficaz, hay algunos casos en los que el Estado en cuestión no las lleva a cabo por miedo a estar promoviendo conflictos civiles³².

Esta oposición se debe, en gran medida, a que las medidas procedentes del ámbito internacional son vistas como medidas procedentes de la administración colonial, causando un fuerte rechazo. Es prácticamente imposible erradicar un fenómeno tan arraigado culturalmente en algunas comunidades de manera rápida y sin el respaldo de una mayoría social suficiente.

Con el objetivo de encaminar la acción legislativa de los Gobiernos, Amnistía Internacional propuso un programa de acción de 10 puntos para orientar y contribuir en

³¹ Art 23.4 l): Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas Delitos 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, 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. Cabe destacar que algunos autores como QUINTERO OLIVARES, opinan que sería necesario reformar este art. para añadir el principio de justicia supletoria para los casos en los que los autores de los hechos no tuvieran residencia legal en España y cupiera la razonable certeza de que no iban a responder ante ningún tribunal. *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales* y los penalistas españoles, Thomson Civitas, Madrid, 2004 págs., 112 y ss.

³² ÁLVAREZ DEGREGORI, M. C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001, pág. 59.

su actuación, ya que consideraba que estas por sí solas no conseguirían conquistar sus objetivos³³.

2. Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Este instrumento se compone del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la República de Panamá (1998 y 2010).

Su preámbulo establece que la Convención se basa en los numerosos instrumentos internacionales en defensa de los Derechos Humanos que se han ido creando a lo largo del tiempo, como la Carta de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, así como las diversas convenciones internacionales concertadas por las Naciones Unidas. Todos ellos recalcan su inspiración en los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y el principio de la no discriminación, proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción de sexo.

No obstante, en la práctica se advierte que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones. La discriminación contra la mujer, afirma, viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país. Constituye así un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad³⁴.

En su primer art. se establece una definición de discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o

³³ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág.65.

³⁴ Tal como afirma la organización Amnistía Internacional, “la mutilación genital femenina se basa en la discriminación contra la mujer. Es un mecanismo para socializar a las niñas de acuerdo a los roles prescritos dentro de la familia y la comunidad. Por lo tanto, está íntimamente vinculada a la posición de desigualdad que ocupa la mujer en las estructuras políticas, sociales y económicas de las sociedades en las que se practica”.

resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Los Estados parte se obligan a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus facetas y a adoptar todas las medidas necesarias para ejecutar una política encaminada a suprimir tal discriminación. Entre sus compromisos destacan consagrar en sus Constituciones la igualdad entre hombres y mujeres, adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otra naturaleza, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer y establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, a través de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, entre otras.

La Convención establece diversas medidas para combatir la discriminación en todas sus facetas, como en la vida política, el acceso a la educación, el acceso al empleo, el acceso a la atención médica, en materia de matrimonio y capacidad civil, entre otros³⁵. Destaca, dentro del ámbito de la mutilación genital femenina, que su art. 5 exige que todos los Estados modifiquen los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, en pro de alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres³⁶.

Analizando las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se aprecia una serie de preocupaciones y consecuentes recomendaciones en los distintos ámbitos de actuación de la Convención.

a) En cuanto al marco jurídico para la igualdad, la no discriminación y la definición de discriminación, se recomienda adoptar todas las medidas necesarias y asignar recursos suficientes para aplicar tanto *de iure* como *de facto* todas las medidas jurídicas encaminadas a garantizar la igualdad entre los géneros y la no discriminación.

³⁵ Arts. desde el 7 hasta el 16 de la Convención.

³⁶ Constituye este uno de los motivos más relevantes de la práctica de la mutilación genital femenina.

b) En relación a los estereotipos, insta a poner más empeño en la formulación y el fortalecimiento de amplios programas de toma de conciencia para mejorar la comprensión y el apoyo en materia de igualdad entre los hombres y las mujeres en todos los estratos de la sociedad. Todo ello, con el objetivo de modificar las actitudes estereotipadas y las normas culturales sobre las responsabilidades y las funciones del hombre y la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la vida política y la sociedad³⁷. Asimismo, insta a transformar su reconocimiento del problema de las múltiples formas de discriminación en una estrategia global para eliminar los estereotipos de género relativos a la mujer en general.

c) En cuanto a la violencia contra la mujer, se insta a redoblar los esfuerzos para aplicar eficazmente las medidas legislativas existentes y a hacer frente a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica. Consecuentemente, recomienda poner en marcha programas de educación y toma de conciencia del público a través de los medios de difusión para transmitir el mensaje de que todas las formas de violencia contra la mujer son inaceptables.

3. Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica:

En este apartado analizaré el Convenio del Consejo de Europa del 11 de mayo de 2011 en relación con las medidas que establece frente a la violencia contra la mujer, en general, y, específicamente, sobre su incidencia en la mutilación genital femenina.

El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, también conocido como Convenio de Estambul, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014, tiene como objetivos la prevención de la violencia, la protección de las víctimas y acabar con la impunidad de los perpetradores.

Tal como enuncia su Preámbulo, se inspira en numerosos tratados y convenios en relación a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como el Convenio de Roma de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), entre otros.

³⁷ de conformidad con el apartado f) del art. 2 y el apartado a) del art. 5 de la Convención.

El Convenio pretende condenar todas las manifestaciones de violencia contra la mujer. Reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, despojando a la mujer de su plena emancipación. Declara, igualmente, que la violencia contra la mujer está basada en el género y constituye un mecanismo social elemental para mantener a las mujeres en una posición de subordinación. Todo tipo de violencia contra las mujeres - violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales - constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres.

El art. 1³⁸ expone los objetivos de la Convención, que son la protección a las mujeres frente a cualquier modalidad de violencia, la eliminación de la discriminación, la creación de un marco global de protección y las asistencia a las víctimas, así como reforzar la cooperación internacional en este ámbito concreto.

El art. 3³⁹ establece una definición de violencia contra la mujer entendida como aquella “violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican

³⁸ Art 1. 1. Los objetivos del presente Convenio son: a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica; d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. 2. Para garantizar una aplicación efectiva de sus disposiciones por las Partes, el presente Convenio crea un mecanismo de seguimiento específico.

³⁹ Art 3: A los efectos del presente Convenio: a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada; e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b; f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.

o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

En virtud de esta Convención, los Estados se obligan a tomar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres. También se obligan a realizar campañas de sensibilización de la sociedad en cooperación con las instituciones nacionales de derechos humanos y las entidades competentes en materia de igualdad, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, con el fin de incrementar la concienciación y la comprensión por la comunidad en general de las distintas manifestaciones de todas las formas de violencia, sus consecuencias y la necesidad de su prevención. Con este objetivo, los Estados deben emprender acciones necesarias para incluir en los programas de estudios oficiales y a todos los niveles de enseñanza material didáctico sobre temas como la igualdad entre mujeres y hombres, los papeles no estereotipados de los géneros, el respeto mutuo, la solución no violenta de conflictos en las relaciones interpersonales, la violencia contra la mujer por razones de género, y el derecho a la integridad personal, adaptado a la fase de desarrollo de los alumnos.

El Convenio establece un gran elenco de medidas de protección para las víctimas de este tipo de violencia y de prevención y persecución de los distintos tipos de violencia contra la mujer que se dan en la práctica⁴⁰. En su art. 38 de mutilaciones genitales femeninas se obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito la comisión de la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer, así como obligar o incitar a una mujer o a una niña a someterse a esos actos o proporcionarle los medios para hacerlo.

Resulta importante como el Convenio pretende dejar claro, en su art 42, que ninguna de las manifestaciones de violencia anteriormente enunciadas puede ser considerada como cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto “honor”.

⁴⁰ Violencia psicológica (art 33), acoso (art 34), violencia física (art 35), violencia sexual (art 36), matrimonios forzosos (art 37), aborto y esterilización forzosos (art 39), acoso sexual (art 40), etc.

4. Recapitulación

Por todo lo que he ido explicando anteriormente, resulta necesario que las medidas que se implementen por parte de los Estados no se limiten a la persecución del delito y castigo para sus autores sino que busquen la concienciación social.

Se trata de una cuestión que, por estar condicionada por múltiples factores, debe ser abordada desde diversos ámbitos, entre los que destacan, la educación, la sanidad, la religión o el desarrollo de las comunidades.

El gran peso cultural que constituye este fenómeno implica la ineludible participación de los líderes religiosos de cada comunidad para desvincular la mutilación genital femenina de cualquier precepto de carácter religioso.

Además, lo más apremiante es lograr la concienciación por parte de la sociedad de la necesidad de superación de estas prácticas. Deben conocer las secuelas físicas que conlleva la mutilación con incidencia en la salud. Es necesario la lucha por los derechos de las mujeres en el seno de esas comunidades para promuevan el cambio social e involucren posteriormente a los hombres.

Todo ello para que la propia cultura que sostiene la mutilación genital evolucione, superando su práctica: que interioricen que no es necesario el acto de la mutilación para que prevalezcan sus tradiciones y creencias, disociando la mutilación con su identidad cultural. Sería idóneo que ese cambio proviniese de las bases de la comunidad como un movimiento social y que tuviera entonces su incidencia en las políticas a nivel estatal.

Se trata de un proceso en el que deben intervenir todos los agentes de la sociedad e, inevitablemente, no se pueden esperar resultados a corto plazo.

IV. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL: ANÁLISIS DEL ART. 149.2 CP.

1. Introducción

En este apartado me voy a centrar en el tratamiento que recibe la mutilación genital femenina en nuestro CP. Tenemos en nuestro ordenamiento penal un precepto

concreto, el art 149.2 CP, que sanciona el delito de mutilación genital. Este tipo penal fue introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

La tipificación de la mutilación genital se debe a la obligación contraída por España al ratificar los diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional – como los que explicado en el apartado anterior -, en los que se condena su práctica como un acto contra los Derechos Humanos y que obligan a los Estados parte a articular una serie de medidas de tipo penal, entre otras, para perseguir y sancionar estas actuaciones.

En la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, se explica que el origen de este precepto se debe a la aparición de nuevas prácticas como consecuencia de la integración de extranjeros. Igualmente se establece que es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales.

En este sentido, el art 149.2 CP dispone lo siguiente:

Art 149.2 CP: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 4 a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.”

La inclusión de este nuevo tipo penal no fue una decisión unánimemente aplaudida por la doctrina. Por un lado, autores como MUÑOZ CONDE⁴¹ y QUINTERO OLIVARES⁴², afirmaron que la introducción de este precepto no era necesaria dado que la conducta de mutilación genital podía estar castigada. En este sentido, se debe tener en cuenta que el art. 147 CP⁴³ recogía el tipo básico al que se le podían aplicar las

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 108

⁴² QUINTERO OLIVARES, G *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Thomson Civitas, Madrid, 2004 pág. 112

⁴³ Art. 147CP (previo a la reforma de 2015):1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

agravaciones del art 148 CP⁴⁴ cuando se utilizaran medios peligrosos para la vida o la salud, se hiciera con ensañamiento y cuando la víctima fuera menor de 12 años o incapaz. En este sentido puede apreciarse que la conducta de mutilación genital era fácilmente subsumible en este tipo penal. Además se debe tener en cuenta que el art 149 CP⁴⁵ recoge la modalidad más grave por inutilidad o pérdida de un miembro u órgano principal, de un sentido, esterilidad, impotencia, grave deformidad o enfermedad. Por último, el art 150 CP⁴⁶ recoge la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad. Queda entonces claro que el delito de mutilación genital no quedaba impune por aplicación de alguno de estos tipos atendiendo a las características de cada caso concreto.

Sin embargo, otros autores, entre los que se encuentra TAMARIT SUMALLA⁴⁷, señalan que había una deficiencia en la aplicación del tipo del art 149 CP dado que, a veces, la jurisprudencia no consideraba el clítoris y demás genitales femeninos como miembros u órganos principales. Generalmente, los tribunales subsumían los casos de mutilación genital en el art 149 CP al interpretar la extirpación del clítoris y la extirpación total o parcial de los labios menores como inutilidad o pérdida de miembro principal. El resto de modalidades se intentaban conducir a este tipo a través de las enfermedades graves que generan las mutilaciones. No obstante, para la apreciación de estas enfermedades era requisito indispensable que estas fueran abarcadas por el dolo del autor, intentando justificarlo por medio del dolo eventual. Es en esa suerte de inseguridad jurídica donde radicaba la deficiencia en su aplicación. Por todo ello, esta corriente doctrinal encuentra justificada la mención expresa de la mutilación genital como supuesto de lesiones graves al entender el clítoris, en particular, y los genitales femeninos, en general, como órganos principales.

⁴⁴ Art 148 CP: Las lesiones previstas en el apartado 1 del art. anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1. ° Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2. ° Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3. ° Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 4. ° Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5. ° Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviviera con el autor.

⁴⁵ Art 149 CP: El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

⁴⁶ Art 150 CP: El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

⁴⁷ TAMARIT SUMALLA, J M “Comentario al art. 149 CP” en: QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª, 2011, pág. 118.

En mi opinión, la introducción de este tipo penal no cubre, en sí, ninguna laguna de punibilidad, tal como pretendían afirmar sus defensores, pero supone un avance desde un punto de vista simbólico al interpretar como órgano o miembro principal a los genitales. Dado que la mayoría de casos son supuestos de mutilación genital femenina constituye una declaración de intenciones por parte del legislador de rechazo total a esta y persecución contra estas prácticas, reafirmando la consideración de los genitales, la sexualidad femenina, la integridad física y moral y la libertad femeninas como bienes jurídicos de merecida protección⁴⁸.

2. Análisis del tipo penal: sus vertientes objetiva, subjetiva y pena aplicable.

En primer lugar, en relación al bien jurídico protegido, este es, la integridad física y psíquica del sujeto pasivo⁴⁹, al recaer la acción sobre los genitales de la víctima - así como por las sucesivas consecuencias físicas y psíquicas que conllevan. Asimismo, protege de manera indirecta diversos bienes jurídicos, dada la repercusión que tienen los genitales, como órganos principales, en el desarrollo vital de las personas, tales como, la integridad moral, la dignidad, la libertad sexual y la propia sexualidad del individuo.

Cabe destacar que – tal como afirmábamos en el apartado anterior -, como en la mayoría de los supuestos la víctima es mujer, se puede afirmar que estos bienes jurídicos están intrínsecamente vinculados con la cuestión de género, defendiendo de manera particular a la mujer como sujeto de estos derechos. Ello no obsta para que pueda haber casos graves de mutilación genital masculina, para los cuales este precepto será de aplicación.

Por lo que respecta a la conducta típica, esta consiste en causar a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones⁵⁰. Desde la interpretación literal, quedan incluidas desde las modalidades más graves como la infibulación hasta otras menos agresivas como la circuncisión del tipo *sunna*.

⁴⁸ Sin perjuicio de que este tipo sea aplicable a cualquier mutilación genital, ya sea femenina o masculina, si la conducta típica es subsumible en este precepto.

⁴⁹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 573.

⁵⁰ Se castiga también por tentativa.

Algunos autores, como LLABRÉS FUSTER⁵¹, no consideran que todas las modalidades de mutilaciones genitales deban ser equiparadas a las lesiones muy graves y razonan que la situación jurídica anterior a la inclusión de este tipo penal era más respetuosa con el principio de proporcionalidad, al atender a las circunstancias concretas de cada caso a la hora de circunscribir la conducta en los diversos tipos penales⁵². Sin embargo, para defenderse frente a este argumento, al equiparar las penas del art.149.2 CP con el del art. 149.1 CP – que tipifica las modalidades de lesiones más severas - se interpreta que las lesiones constitutivas de ambos delitos deben poseer la misma gravedad, salvaguardando así el principio de proporcionalidad.

Se trata de un delito común, dado que en la redacción del precepto no se exige ninguna cualidad específica para poder ser el sujeto activo del mismo. Por ello, cualquier persona puede ser autor del delito de mutilación genital⁵³.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, el delito del art. 149.2 CP sanciona una conducta dolosa. En caso de comisión imprudente se castigaría a través del art 152.1.2º CP, por imprudencia grave, o a través del art 152.2 CP, por imprudencia menos grave. No obstante, dada la naturaleza del delito, es poco frecuente que se dé un caso de mutilación genital en la modalidad imprudente.

El art 149.2 CP castiga con una pena de prisión de seis a 12 años. En los supuestos en que el sujeto pasivo sea menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, prevé la posibilidad de aplicar, siempre y cuando el Juez considere que beneficia el interés de estos sujetos, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años.

Cabe mencionar que tal como está redactado el precepto en relación a la inhabilitación, puede dar a entender que estamos ante un tipo cualificado, lo que conllevaría a la “absurda consecuencia” de no poder aplicarse a los padres partícipes del

⁵¹ LLABRÉS FUSTER, A “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español”, en DE LUCAS (Coord.), *Europa, derechos, culturas*, 2006, págs. 66-85.

⁵² Es por ello que varios grupos políticos han intentado reformar el art para cambiar el término mutilación genital por extirpación total o parcial del clítoris y/o de cualquier otra parte de los órganos genitales externos, que causa la inutilidad de un miembro u órgano principal para las mujeres.

⁵³ No confundir con el sujeto pasivo, que también puede ser tanto hombre como mujer, aunque en la práctica suele ser mujer.

delito cuando el tipo no sea aplicable al autor del hecho, en aplicación del principio de accesoriedad⁵⁴.

Esta última pena se configura como una cláusula de imposición facultativa por parte del Juez⁵⁵. Esta previsión ha sido justificada por la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 porque, en la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones. Tal como señala TAMARIT SUMALLA⁵⁶, al ser la duración de la inhabilitación inferior a la privativa de libertad a la cual se acumula, se invierte la lógica político-criminal propia de la combinación entre penas privativas de libertad y penas privativas de derechos.

Esta pena de inhabilitación resultará aplicable a los autores y/o partícipes siempre y cuando el Juez lo estime adecuado atendiendo al interés del menor o incapaz. Es este, el criterio del interés de la víctima, un criterio de difícil ponderación porque comúnmente nos encontramos ante un supuesto en el que el menor o incapaz ya ha sido mutilado y, por tanto, al alejar a la víctima de sus progenitores - o de gente cercana a ella - podría conllevar una doble victimización. La Exposición de Motivos alega que esta medida es sumamente necesaria “para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”. Sin embargo, no queda claro si esto beneficia el interés del menor ya mutilado, puesto que, como se trata de una práctica consuetudinaria, el hecho de que sus padres hayan ejecutado tal aberrante práctica no obsta para que sean unos progenitores decentes en el resto de las facetas del desarrollo del menor o incapaz y, por ende, de imperante necesidad para ellos. Por todo ello, considero un acierto que esta pena sea discrecional y no obligatoria, porque podría dar lugar a casos de un absoluto perjuicio para la víctima.

En caso de ser menor de edad o incapaz, el eventual consentimiento que pudiera prestar resultaría del todo inválido a los efectos de atenuar la pena prevista para el autor.

⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, J M “Comentario al art. 149 CP” en: QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª, 2011, pág. 118.

⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J M “Comentario al art. 149 CP” en: QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª, 2011, pág. 118.

⁵⁶ TAMARIT SUMALLA, J M “Comentario al art. 149 CP” en: QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª, 2011, pág. 118.

Por último, cabe destacar que, en virtud de los arts 131 y 132.1 CP, el delito de mutilación prescribe a los 15 años, pero cuando la víctima sea menor de edad, los plazos empezarán a contar desde que alcance la mayoría de edad.

V. BREVE ANÁLISIS DEL PROBLEMA EN EL ÁMBITO DE LA JUSTIFICACIÓN: EL CONFLICTO DE CONCIENCIA

1. Introducción

Aunque, en mi opinión, la categoría más adecuada para examinar el supuesto de las mutilaciones genitales femeninas es la culpabilidad⁵⁷, existen autores que han examinado si sería posible justificar estas prácticas desde el conflicto de conciencia y la delincuencia por convicción. Es por ello que, brevemente, analizaremos estas posiciones.

2. El conflicto de conciencia

Se debe abordar el ámbito del conflicto de conciencia para poder esgrimir si es posible justificar, de manera general, comportamientos motivados por un conflicto de conciencia. Esta problemática es apreciable en supuestos concretos de diversa naturaleza, tales como, objeción de conciencia en el aborto, en el ámbito sanitario, negativa al pago de impuestos destinados a fines militares, en el deber de participar en una mesa electoral, en el ámbito del jurado y, como analizaremos con mayor profundidad, en los supuestos de mutilaciones genitales.

La libertad de conciencia ha recibido numerosas definiciones, delimitando el concepto como la libertad de cada persona para escoger una determinada actitud filosófica o religiosa ante la vida así como el derecho a adecuar el comportamiento personal a las propias convicciones, siempre y cuando no se lesione ningún bien socialmente protegido⁵⁸. Se trata, por un lado, de un derecho subjetivo constituido como una libertad individual que garantiza la construcción de la conciencia libre de presiones estatales, siendo ilesionable e intangible, y por otro lado, se trata de un derecho objetivo y, por ende, obliga al Estado y al legislador a una elaboración de leyes que no

⁵⁷ Tal como se analizará en el apartado VI Análisis de la mutilación genital desde la culpabilidad.

⁵⁸ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 306.

provoquen un conflicto de conciencia⁵⁹. La STC 15/1982, de 23 de abril, determinó que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, reconocido en el art. 16 CE.

Nos encontramos ante un derecho de difícil delimitación, ya que no existe una referencia expresa en la CE, salvo lo dispuesto en los arts. 20. d⁶⁰ y 30.2⁶¹ CE. La delimitación de este derecho es crucial, sobretodo en relación al ámbito de actuación de la libertad de conciencia, esto es, si solo es aplicable a la formación de la conciencia o además protege la puesta en práctica de comportamientos motivados por una decisión de conciencia⁶². Asimismo, existe una problemática acerca de las modalidades de comportamiento que pueden ser cubiertas a través del derecho a la libertad de conciencia: solamente comportamientos omisivos ante exigencias de actuación procedentes de deberes jurídicos o, además de comportamientos pasivos, también protege la acción⁶³.

La doctrina dominante considera que no es posible admitir, con carácter general, la justificación de conductas motivadas por un conflicto de conciencia ni tampoco una decisión de conciencia puede ser una causa de justificación. Esto se debe a que el Estado no puede hacer suyas nunca las decisiones del individuo en contra de principios democráticos y normas objetivas⁶⁴.

Tal como afirma LUZÓN PEÑA⁶⁵, fuera de los casos legalmente admitidos, no están justificadas las actuaciones en conciencia en los delitos comisivos – infringiendo deberes de abstención – ni en las infracciones de deberes de actuación de los delitos omisivos, las actuaciones en las que en la ponderación de intereses pese más el interés en la realización de la actuación exigida que la salvaguarda de la libertad de conciencia.

3. El delincuente por convicción

⁵⁹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 306.

⁶⁰ Art 20.1d) CE: Se reconocen y protegen los derechos: d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

⁶¹ Art 30.2 CE: 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

⁶² JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 310.

⁶³ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 311

⁶⁴ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 304.

⁶⁵ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 570.

El delincuente por convicción es una figura distinta al supuesto de conflicto de conciencia analizado en los dos apartados anteriores. Tal como explica LUZÓN PEÑA⁶⁶, el delincuente por convicción es aquel sujeto que comete un delito por convicción de que no tiene que respetar la norma penal. Se trata de un individuo que conoce la prohibición de la norma y la antijuricidad de su conducta pero no cumple la prohibición porque internamente no la respeta, al no compartir su fundamento. Considera que es correcto actuar así y cometer el delito para conseguir los fines pretendidos por una determinada ideología opuesta y enfrentada con las normas jurídicas vigentes.

La doctrina dominante considera que al delincuente por convicción no se le puede exculpar en absoluto si no tiene un conflicto profundo de conciencia. Normalmente, en estos supuestos el sujeto no presenta “un conflicto insalvable para su conciencia ética que le produzca una presión motivacional subjetivamente insoportable, sino [en] una situación psicológica e rechazo y desprecio a las normas vigentes, incluso penales, y convencido de que puede o hasta debe vulnerarlas para conseguir imponer sus convicciones y fines, opuestos a las normas”⁶⁷.

Es por ello que, a diferencia del conflicto de conciencia - en que se pretende examinar si es posible valorar penalmente como disculpable la conducta antijurídica promovida por motivos de conciencia – los casos de delincuencia por convicción no pueden merecer comprensión ni entendimiento ni disculpa ya que al constituir actitudes peligrosas de enfrentamiento total con el ordenamiento jurídico, deben merecer la valoración más negativa posible⁶⁸.

Por tanto, considero que los casos de mutilación genital femenina en ningún momento pueden ser justificados por el conflicto de conciencia, dado que no nos encontramos ante supuestos en los que las razones de conciencia creen al autor un conflicto interno tal que, sumado a la propia prohibición penal, le resulte total o prácticamente anulada su accesibilidad a la norma⁶⁹. Los autores de estos delitos se clasificarían como *delincuentes por convicción*, ya que su motivación radica en la

⁶⁶LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 573.

⁶⁷ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 573.

⁶⁸ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 574.

⁶⁹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 571.

costumbre y la cultura propia de su civilización y no por motivos de conciencia. Tienen tan interiorizado socioculturalmente que esa práctica es necesaria que la ejecutan con independencia de que constituya un tipo penal grave.

VI. ANÁLISIS DE LA MUTILACIÓN GENITAL DESDE LA CULPABILIDAD

1. Introducción

Aunque personalmente considero que no es posible aplicar el conflicto de conciencia al supuesto de mutilación genital femenina⁷⁰, creo que es necesario analizar el tratamiento que recibe en sede de culpabilidad para poder justificar las razones de mi posicionamiento. Es por ello que en este apartado explicaré las posiciones doctrinales existentes en nuestro ordenamiento jurídico en relación al conflicto de conciencia y, finalmente, cuál es el tratamiento jurídico que considero más adecuado para el caso de las mutilaciones genitales femeninas.

2. Aproximación al concepto de culpabilidad

Resulta indispensable analizar la culpabilidad porque es esta la categoría que permite determinar si merece un tratamiento diferenciado al autor que comete el delito de mutilación genital, ya que se trata de una categoría subjetiva, individualiza las características concretas del autor. Esto es necesario a la hora de imponer la pena, pues se debe ponderar no solo con el grado de injusto sino también con el grado de culpabilidad⁷¹.

La culpabilidad se ve integrada por los elementos subjetivo-individuales que permiten fundamentar la reprochabilidad penal individual del hecho típicamente antijurídico cometido, que permiten la capacidad de determinación normal del sujeto por la norma. Estos elementos son la libertad de decisión, la madurez y la normalidad psíquica, la conciencia de la antijuricidad y las condiciones situacionales de exigibilidad penal individual⁷².

⁷⁰ Tal como explico en el apartado V Breve análisis del problema en el ámbito de la justificación: el conflicto de conciencia.

⁷¹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 508.

⁷² LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 511.

La libertad de decisión y actuación conforme a la misma es un elemento que se presupone normativamente a todos los sujetos y por ello no hace falta probarlo. Excepcionalmente pueden concurrir circunstancias individuales o situacionales que anulen o excluyen tal libertad⁷³. La imputabilidad exige normalidad psíquica, entendida como ausencia de perturbaciones mentales, permanentes o pasajeras, así como madurez o suficiente desarrollo mental, emocional y educativo, esto es, la suficiencia de edad⁷⁴. Es requisito imprescindible para la accesibilidad a la norma la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y prohibición de la conducta – por lo que el error de prohibición invencible podrá excluir la plena culpabilidad⁷⁵. Por último, la exigibilidad penal individual se presume de toda persona y hecho siempre que no haya circunstancias excepcionales que la excluyan. Existen circunstancias que pueden hacer imposible o muy difícil para el sujeto concreto el cumplimiento de la norma y, por ende, la conducta es subjetivamente comprensible y disculpable. Estas circunstancias pueden ser las legalmente previstas – miedo insuperable– y otras pueden ser supralegales o analógicas de inexigibilidad.

2.1. La imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad para comprender lo injusto del hecho y de dirigir el comportamiento conforme a esa comprensión. Su fundamento reside en la capacidad del sujeto para motivarse ante la norma. Cuando el sujeto no pueda comprender la ilicitud del hecho y sea incapaz de controlar su actuación, es imposible que tenga accesibilidad a la norma⁷⁶.

En relación al supuesto del conflicto de conciencia, hay que analizar la respuesta que ofrece nuestro CP en sede de inimputabilidad. Las causas de inimputabilidad del ordenamiento son las que vienen recogidas en el art 19 CP⁷⁷ y en el art. 20 1º,2º y 3º

⁷³LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 511.

⁷⁴LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 511.

⁷⁵LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 512.

⁷⁶JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. págs. 363 y 364.

⁷⁷ Art.19. Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

CP⁷⁸. La problemática entre conflicto de conciencia e inimputabilidad se suscribe generalmente a la situación de anomalía o alteración psíquica del art 20.1º CP, aunque también existe una postura que admite la concurrencia de la situación de alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia del art 20.3º CP.

La mayoría de la doctrina rechaza, con carácter general, la identificación entre conflicto de conciencia e inimputabilidad, en concreto, con la anomalía psíquica del art 20.1º CP. No obstante, diversos autores como BAUCCELLS I LLADÓS⁷⁹ y FLORES MENDOZA⁸⁰ sostienen que es posible de que bajo la apariencia de una decisión de conciencia se manifiesten una serie de trastornos mentales como el fanatismo, la neurosis obsesiva o casos extremos en los que el objetor sea inimputable con razón de una anomalía psíquica pero no por el conflicto de conciencia⁸¹. Es decir, cabe la posibilidad de que a un sujeto que cometa un delito por razones de conciencia se le excluya su responsabilidad penal en virtud de la inimputabilidad, no porque se equiparen ambas situaciones, sino porque la alteración psíquica motivo de inimputabilidad es la que subyace y motiva latentemente ese conflicto de conciencia.

Asimismo, existe un pequeño sector doctrinal que admite la aplicabilidad de la eximente de alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia del art 20.3ª CP en relación al conflicto de conciencia. En este sector destaca TAMARIT SUMALLA⁸² que sostiene la posibilidad de aplicar tal eximente⁸³ en casos en que además del aislamiento o la diferencia cultural que provienen de la inmigración o de un primer

⁷⁸ Art.20. Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

⁷⁹ BAUCCELLS I LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 335 y ss.

⁸⁰ FLORES MENDOZA, *Objeción de conciencia*, 1ª edición, Comares, 2001, págs. 202-204.

⁸¹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. págs. 368 y 369.

⁸² TAMARIT SUMALLA, "Libertad de conciencia y responsabilidad penal", en *Laicidad y Libertades* núm. 1, 2001, pág. 397.

⁸³ El autor aplica una interpretación amplia del término "percepción" más allá de la percepción sensorial como utiliza la mayoría de la doctrina.

contacto con los valores de la sociedad de acogida se produzca un conflicto de conciencia⁸⁴.

2.2. *Inexigibilidad de comportamiento conforme a Derecho: el miedo insuperable*

Dado que el sujeto que actúa por motivos de conciencia se halla presionado por inquietudes de su conciencia que le empujan a lesionar la norma, hay que determinar si a este sujeto le es o no exigible subjetivamente un comportamiento conforme a lo dispuesto en la norma. En el ámbito de la inexigibilidad en relación con el conflicto de conciencia se encuentran autores que defienden la exigibilidad mientras que otros optan por la inexigibilidad⁸⁵.

La única causa de inexigibilidad recogida en nuestro ordenamiento jurídico es el miedo insuperable del art 20.6º CP⁸⁶. Al centrar el estudio en el conflicto de conciencia en relación con las mutilaciones genitales se analizará únicamente el miedo insuperable, al ser la causa de inexigibilidad que puede ser aplicable en estos supuestos.

La eximente de miedo insuperable consiste en obrar “impulsado por un medio insuperable”. Para poder apreciar la concurrencia de tal eximente se exigen una serie de presupuestos, que son el miedo, el impulso por dicho miedo, el mal como origen de tal miedo y su carácter insuperable.

a) El sujeto debe sentir miedo entendido como “una pasión o emoción del ánimo, un sufrimiento o sensación desagradable y asténica, de debilidad, inseguridad o indefensión, provocada por la representación de sufrir un mal futuro, de existir un peligro o incluso amenaza segura de daño, que ya se conoce como algo indeseable y desagradable por la experiencia de daños anteriores propios o ajenos, o que se imagina aun sin esa experiencia concreta por similitud con otros dolo conocidos o sufridos”⁸⁷.

b) El miedo debe ser el impulso de la actuación. Un sector doctrinal opina que el miedo debe ser el único impulso, ya que si concurrieren otras motivaciones el miedo no sería el auténtico impulso o este no sería insuperable. En cambio, otros autores, entre los

⁸⁴ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 369.

⁸⁵ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 397.

⁸⁶ Art. 20. Están exentos de responsabilidad criminal: 6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

⁸⁷ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 560.

que se encuentra LUZÓN PEÑA⁸⁸, opinan que obrar también por otros motivos no es incompatible con la exención, en tanto que el miedo sea el móvil y motor preponderante y determinante de la actuación.

c) El mal temido debe ser el origen del miedo insuperable. Se debe dar una interpretación subjetiva del mal en cuanto a su entidad, valoración y ponderación, por lo que habrá de atenerse a lo que el individuo concreto haya considerado como mal y la importancia intimidante que tenga para éste. Es por ello que el mal puede ser real o imaginario, para el propio sujeto o para personas allegadas, puede ser un mal objetivo-antijurídico o bien un mal subjetivo aunque justificado, puede ser un mal grave o muy grave y puede ser inminente o futuro⁸⁹.

d) Para la plena exculpación es necesario que el miedo sea insuperable para el sujeto, esto significa que una vez que lo sufre no lo puede superar porque no vea otra salida que realizar el hecho típico sí como porque el miedo pueda más que otros impulsos, eligiendo así realizar el hecho típico y prohibido⁹⁰.

Pues bien, aplicando el eximente del miedo insuperable al conflicto de conciencia, existen opiniones que consideran admisible en algunos casos la concurrencia de dicha eximente mientras que otros rechazan tal posibilidad⁹¹.

Dentro de quienes apoyan la aplicación de la eximente del miedo insuperable para supuestos de conflicto de conciencia destaca, entre otros, JIMÉNEZ DÍAZ⁹² planteándose el caso concreto de los Testigos de Jehová, argumentando que el miedo puede concretarse en la angustia moral o espiritual que conlleva para el sujeto realizar una conducta que va en contra de la propia forma de vida y cuya consumación le reportará el peor de los castigos⁹³. Siguiendo esta argumentación, CORCOY BIDASOLO⁹⁴

⁸⁸ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 561.

⁸⁹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. págs. 562, 563 y 564.

⁹⁰ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 565.

⁹¹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 421.

⁹² JIMÉNEZ DÍAZ, “Delitos relativos a la Prestación Social Sustitutoria: su problemática aplicación (parte II)”, en *CPC* 55, 1995. págs. 79 a 84.

⁹³ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 422.

⁹⁴ CORCOY BIDASOLO, “Problemas jurídico-penales en la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias”, en CASADO (Coord.), *Estudios de Bioética*, Ed. Tirant lo Blanch 2000, pág. 83.

defiende la exclusión – o en su caso atenuación - de la responsabilidad penal por miedo insuperable en los supuestos de conflicto de conciencia, puesto que quien está convencido de su deber de actuar de acuerdo a su conciencia puede sentir un miedo insuperable de lesionar sus convicciones más íntimas⁹⁵.

Entre las opiniones que rechazan la aplicación del miedo insuperable al conflicto de conciencia destaca FLORES MENDOZA⁹⁶ que, siguiendo una interpretación antijurídica y exógena del miedo insuperable, defiende que la situación emocional del objetor de conciencia no es la de terror o pánico y que en el caso excepcional de existir el miedo, éste debe provenir del exterior para poder concurrir la eximente – situación que no se da en el conflicto de conciencia, ya que el miedo proviene de las propias convicciones del sujeto. Asimismo, entiende que en los supuestos de objeción de conciencia no se da el requisito de que el mal generador del miedo proceda de una situación que el Derecho valore negativamente, es decir, que sea un mal en sentido jurídico⁹⁷.

3. El error de prohibición

3.1. Concepto

El error de prohibición - previsto en el art 14.3 CP⁹⁸ - se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos presupuestos de la prohibición pero desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta⁹⁹. La doctrina mayoritaria se ha decantado por la teoría de la culpabilidad – en detrimento de la teoría del dolo – al sostener que el error de prohibición no excluye el dolo sino que afecta a la culpabilidad.

Existen dos tipos de error de prohibición, que son el error de prohibición directo o inmediato y el error de prohibición indirecto o mediato. Mientras que el primero es el error sobre la prohibición de una determinada conducta típica, en el error indirecto el sujeto sí que es consciente del carácter injusto de su hecho pero cree erróneamente que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación¹⁰⁰.

⁹⁵ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 423.

⁹⁶ FLORES MENDOZA, *Objeción de conciencia*, 1ª edición, Comares, 2001. págs. 248-253 y ss.

⁹⁷ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 423.

⁹⁸ Art 14.3CP. 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.

⁹⁹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 272.

¹⁰⁰ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 378.

La aplicación del error de prohibición en los supuestos de conflicto de conciencia es una cuestión controvertida para la doctrina. Por un lado hay quienes admiten su aplicación, mientras que por otro lado, hay quienes son contrarios a su apreciación.

La doctrina mayoritaria rechaza que el sujeto que actúa por motivos de conciencia se encuentre, de manera general, en un error de prohibición. Esto se debe a que la mayoría de los autores entiende que existe conocimiento de la antijuricidad de su conducta, dada la propia naturaleza del autor por convicción. Se trata de un sujeto que al conocer la existencia y significado de una norma que se enfrenta a su conciencia y convicción y por ello decide transgredir tal norma¹⁰¹.

No obstante hay quienes han justificado su apreciación a través de dos vías de argumentación: el error sobre la validez de la norma¹⁰² y el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación¹⁰³. En cuanto al error de validez, existen autores, como MUÑOZ CONDE¹⁰⁴ que se muestran partidarios a admitir la relevancia del error de prohibición en los casos de conflicto de conciencia. Este autor considera que es posible, en los supuestos en los que el conflicto se dé porque el sujeto piense que prevalece su derecho superior, admitir el error de validez. En cuanto al error sobre los límites o existencia de una causa de justificación, FLORES MENDOZA¹⁰⁵ considera que, pese a que con carácter general el objetor no actúa creyendo erróneamente que su comportamiento está amparado por una causa de justificación, en ocasiones es posible apreciar tal creencia en el sujeto que actúa por motivos de conciencia¹⁰⁶.

3.2. Requisitos de vencibilidad

¹⁰¹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. págs. 387-388.

¹⁰² Se da cuando el sujeto conoce la norma prohibitiva pero por diversas razones la considera nula.

¹⁰³ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 380.

¹⁰⁴ MUÑOZ CONDE, *El error en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch 1989, pág. 72 y ss.

¹⁰⁵ FLORES MENDOZA, *Objeción de conciencia*, 1ª edición, Comares, 2001, pág. 214.

¹⁰⁶ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. págs. 382-386.

Tal como enuncia el art 14.3 CP, para poder excluir al responsabilidad del sujeto por actuar bajo un error de prohibición, éste ha de ser invencible, entendiendo por invencible que el sujeto no lo pueda vencer o evitar¹⁰⁷.

En relación al grado de invencibilidad, para dar lugar a la exculpación éste ha de ser total o casi total. Debe ser de tal el grado de dificultad de conocimiento de la ilicitud para el sujeto que jurídico-penalmente se la pueda considerar prácticamente total y equiparable a la total y, por ende, disculpable y comprensible. El carácter de tal invencibilidad sigue un criterio subjetivo-individual, teniendo en cuenta la situación del individuo concreto con sus concretas circunstancias en el momento del hecho¹⁰⁸.

Tal como explica LUZÓN PEÑA¹⁰⁹, los presupuestos para la invencibilidad subjetiva de un error de prohibición son la existencia de condiciones personales o situacionales muy especiales que le impidan al sujeto conocer la antijuricidad del hecho, así como la existencia de situaciones en las que el hombre medio ideal podría caer en el error de prohibición. En relación al primer caso, la inevitabilidad puede deberse a cualquier circunstancia de carácter excepcional que pueda suponer un obstáculo que le impida conocer la ilicitud de la conducta para un sujeto concreto¹¹⁰. Para el segundo caso, se ha restringido la vencibilidad de un error mediante tres presupuestos:

- a) La vencibilidad requiere que el sujeto haya tenido un motivo para reflexionar e informarse de la posible antijuricidad de su acción bien por tener dudas, bien por saber que se encuentra en un sector sujeto a regulación o bien por saber que su actuación es perjudicial.
- b) Dándose el anterior supuesto, el error será vencible si el ciudadano no jurista no se esfuerza suficientemente por informarse, no consulta a un experto jurista o, incluso, consultándolo no se ha informado suficientemente.

¹⁰⁷ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. págs. 546-547.

¹⁰⁸ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 547.

¹⁰⁹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. págs. 546-550.

¹¹⁰ Por ejemplo, el caso de extranjeros que acaban de llegar a nuestro país con unas costumbres muy distintas a las nuestras.

c) Cuando no se ha dado ese esfuerzo por informarse suficientemente, el error será vencible si el sujeto hubiera tenido la oportunidad de obtener y acceder al conocimiento de la antijuricidad de haberse esforzado suficientemente por informarse, puesto que un experto le habría instruido sobre la antijuricidad de la conducta.

3.3. Error de comprensión culturalmente condicionado

Cabe destacar, al hablar del error de prohibición – aunque no coincida exactamente con éste - en relación con el conflicto de conciencia, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. Este se da cuando sujetos pertenecientes a un grupo cultural totalmente distinto al nuestro que, conociendo o pudiendo conocer aproximadamente que una conducta está prohibida, debido a ese acervo cultural radicalmente opuesto son incapaces de comprender y, por ello, interiorizar esa prohibición. Es esta falta de interiorización la que afecta a la normal capacidad de determinación por la norma y la que puede justificar una exención o atenuación de la reprochabilidad penal individual¹¹¹.

En cuanto al tratamiento jurídico que deben recibir estos supuestos, LUZÓN PEÑA¹¹² considera que solo podrá concebirse como un error de prohibición cuando, en casos extremos, la no comprensión de la norma puede llegar a provocar un bloqueo mental que le impida realmente el conocimiento de la norma. En los demás casos, entiende el autor que la cuestión es determinar si deben tratarse como la delincuencia por convicción¹¹³ o si se puede considerar como un supuesto de menor exigibilidad penal individual, dando lugar a una reprochabilidad subjetiva atenuada – siempre y cuando la gravedad del delito permita tal atenuación.

4. Tratamiento concreto en supuestos de mutilación genital

Analizando concretamente el supuesto de las mutilaciones genitales, hay que abordar, en primer lugar, la aplicación de la eximente de ejercicio legítimo de un

¹¹¹ LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 551.

¹¹² LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pág. 551.

¹¹³ Ni siquiera se admite la atenuación de la responsabilidad.

derecho, en virtud de los arts. 10¹¹⁴ y 16¹¹⁵ CE. Teniendo en cuenta la tipología de este delito, es imposible considerar conforme a Derecho esa práctica, dado el bien jurídico individual que lesiona – la integridad física y psíquica¹¹⁶.

En cuanto a la equiparación del conflicto de conciencia en casos de mutilación genital con la eximente de *anomalía o alteración psíquica* del art 20.1º CP, no es posible apreciar tal situación en estos casos ya que, tal como analiza JERICÓ OJER¹¹⁷, el individuo que realiza o permite la mutilación no lo hace porque su conciencia así le obligue, sino por mero recurso a la tradición o a la costumbre – aspecto radicalmente opuesto a la alegación de enfermedad mental. Esta eximente solo podrá ser aplicable excepcionalmente, en opinión de autores como HERRERA MORENO¹¹⁸, para supuestos de exaltación fanática¹¹⁹. Asimismo, solo sería posible la aplicación de la eximente de *alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia* del art 20.3ºCP, siguiendo las ideas de TAMARIT SUMALLA¹²⁰, siempre y cuando se demuestre en cada caso que se da ese aislamiento cultural – aspecto que no se suele dar en los casos de mutilación¹²¹.

Es difícil la aplicación del *miedo insuperable* a estos supuestos, puesto que el sujeto realiza la mutilación genital no la lleva a cabo por mandato de su conciencia generador de un conflicto de conciencia sino porque esta práctica forma parte de la tradición y la costumbre. Es por ello que no se aprecia miedo o terror en la ejecución de tal conducta y, por ende, no es posible apreciar la eximente¹²².

¹¹⁴ Art. 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹¹⁵ Art. 16. 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

¹¹⁶ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 573.

¹¹⁷ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 574.

¹¹⁸ HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, pág. 75.

¹¹⁹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 574.

¹²⁰ TAMARIT SUMALLA, “Libertad de conciencia y responsabilidad penal”, en *Laicidad y Libertades* núm. 1, 2001, pág. 397.

¹²¹ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 574.

¹²² JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 576.

Por último, en cuanto a la apreciación del *error de prohibición* en los supuestos de mutilaciones genitales, HERRERA MORENO¹²³ señala que el hecho de que la mayor parte de las conductas se realicen en la clandestinidad constituye un indicio de conocimiento de la antijuricidad de la acción y, por ello, desaparecería la consideración del error de prohibición – aunque quepa admitir el error de prohibición en supuestos excepcionales¹²⁴. Tampoco cabría apreciar un error de validez ya que la contradicción entre lo dispuesto en el art 149.2 CP y las consideraciones de conciencia o la alusión a la tradición no puede ser considerado como fundamento legal del incumplimiento, dado que el cumplimiento de las normas no depende de que el sujeto las acepte en conciencia o sean contrarias a los presupuestos consuetudinarios de la sociedad de origen¹²⁵.

Aunque no sea posible, en la mayoría de los casos, eximir de responsabilidad penal individual por error de prohibición, la jurisprudencia en los supuestos de mutilación genital femenina suele apreciar la atenuante analógica al error de prohibición para los casos en que uno de los autores no fueran conocedores de la antijuricidad de la conducta en nuestro país¹²⁶. La doctrina del TS es que el error de prohibición se constituye como un elemento constitutivo de la culpabilidad, que exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a Derecho, es decir, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. Por lo tanto, no cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad, ni tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a Derecho.

El supuesto que se suele dar en la práctica es la mutilación genital femenina por parte de los padres en el país de origen, donde la conducta está permitida. Uno de los progenitores – generalmente el padre – suele llevar bastantes años residiendo en España, por lo que no es posible aplicar ni siquiera la atenuante analógica del error de prohibición. Esta se le aplica al otro progenitor – generalmente la madre - en los casos en que solo lleva viviendo en España unos meses, sin conocer la lengua ni cultura y solo

¹²³ HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002. pág. 75.

¹²⁴ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. pág. 575.

¹²⁵ JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007. págs.575-576

¹²⁶ SAP núm. 26/2011, 15/11/2011 – STS núm. 835/2012, 31/10/2012 – SAN núm. 9/2013, 04/04/2013 - SAP núm. 42/2013, 13/05/2013 - STS núm. 399/2014, 08/05/2014 - STS núm. 351/2015, 26/05/2015.

pudiendo comunicarse con su pareja. Este es el caso de la SAN 9/2013, del 04/04/2013, en el que a la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, mientras que su esposo llevaba residiendo en Cataluña al menos desde hacía 10 años. Dados los parámetros jurisprudenciales para aplicar el error de prohibición - que son “las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar” - a ella se le apreció un error de prohibición vencible minorando la pena.

5. Recapitulación y valoración personal

En primer lugar, considero que el conflicto de conciencia no sería aplicable a un supuesto de mutilación genital femenina, porque en el sujeto no se aprecia una confrontación extrema entre los dictados de su conciencia y el respeto de la prohibición que impone la norma. En mi opinión, se trata de casos de *delincuencia por convicción*, ya que el sujeto ejecuta la conducta típica motivado por postulados de su religión, la tradición, la costumbre o condicionamientos sociales¹²⁷. De este modo, al autor del art 149.2 CP en sí no se le debe exculpar ni atenuar la responsabilidad penal atendiendo a la motivación que le impulsa a perpetrar el delito, sin perjuicio de que, caso por caso, se deban analizar la posible concurrencia de causas de inimputabilidad o de ausencia de conciencia de antijuricidad¹²⁸.

Por ello, será posible, atendiendo a las circunstancias individuales de cada sujeto, apreciar una atenuación o exclusión de la responsabilidad penal por anomalía psíquica, en caso de que con independencia de la motivación, además manifestara una serie de trastornos mentales. Asimismo, cabe la posibilidad de que esos condicionamientos culturales que se dan en el autor del delito de mutilación genital, en casos extremos, impidan la comprensión de la norma por considerar la práctica totalmente legítima en su cultura de origen. Esto puede dar lugar a un *error culturalmente condicionado*, constituyendo un *error de prohibición* que, en mi opinión, sería un error invencible que solo podría apreciarse en casos extremos de

¹²⁷ Tal como se ha explicado en el apartado II La mutilación genital: su análisis como fenómeno cultural.

¹²⁸ Descarto la inexigibilidad porque al no constituir conflicto de conciencia no es posible apreciar un supuesto de miedo insuperable generado por el miedo extremo de actuar en contra de las razones de conciencia.

aislamiento cultural - propio de inmigrantes recién llegados al país sin haber tenido la oportunidad de interiorizar la prohibición del art 149.2 CP.

En segundo lugar, expondré mi posicionamiento sobre la repercusión del conflicto de conciencia, en general, desde el punto de vista de la culpabilidad.

En relación a la imputabilidad, creo que no es posible equiparlo a la inimputabilidad, porque no se trataría de un sujeto que no es capaz de comprender lo injusto del hecho y de dirigir el comportamiento conforme a esa comprensión, sino que aun pudiendo hacerlo, por dicho motivo de conciencia elegiría no cumplirla. Por ello, no serían de aplicación ni la eximente del art 20.1º ni 20.3ºCP. Por un lado, relación a la primera, porque no es posible equiparar la motivación por conciencia con la anomalía psíquica que se exige, sin perjuicio de que, al margen de esa motivación por conciencia, existiera una verdadera anomalía psíquica subyacente que impulsara además la comisión del delito. Por otro lado, no veo aplicable la eximente de alteración de la percepción desde el nacimiento o infancia, porque sostengo la interpretación del término “percepción” como percepción sensorial y, por ende, no concurrirían los requisitos exigidos legalmente para su apreciación¹²⁹.

En cuanto a la exigibilidad, considero que es posible la aplicación del miedo insuperable al conflicto de conciencia, ya que, en casos extremos, esas razones de conciencia puedan desembocar en una angustia moral o miedo, incluso insuperable, por actuar en contra de su conciencia y lesionar así sus convicciones más íntimas.

Por último, en relación a la conciencia de antijuricidad, no creo que el error de prohibición propiamente dicho pueda eximir de responsabilidad en caso de conflicto de conciencia, dado que por la propia naturaleza del mismo, el sujeto conoce plenamente que esa conducta está prohibida y de ahí surge el conflicto con su conciencia. Tampoco estoy a favor de la argumentación del error de validez de la norma ni del error en una causa de justificación, porque la conciencia individual nunca podrá justificar ni legitimar la lesión de bienes jurídicos tan importantes como la integridad física y psíquica de la víctima.

VII. CONCLUSIONES

¹²⁹ En todo caso reconduciría esa teoría a través del error de comprensión culturalmente condicionado pero no por la alteración de la percepción.

- I. La mutilación genital femenina es el término empleado para definir la extirpación parcial o total de los órganos genitales femeninos. Existen cuatro modalidades de mutilación, según la OMS: la clitoridectomía, la escisión, la infibulación, y por último, otras modalidades de manipulación de los genitales femeninos con fines no terapéuticos. Las razones que se esgrimen para la perpetración de estas prácticas son la religión, la costumbre y la tradición, la identidad sexual y el control social a través de la violencia.

- II. En cuanto a la respuesta por parte de la comunidad internacional, en un primer momento hubo un problema de concienciación. No fue sino por la actuación de las ONGs que finalmente se creó conciencia de la gravedad de la situación y de la necesidad de perseguir estos delitos y proteger a sus víctimas. Por otro lado, existe un grave problema de concienciación en relación a las comunidades donde se practican las mutilaciones. Están tan arraigadas en su contexto socio-cultural, que la mera puesta en duda de su práctica es considerada como un ataque a las bases de su comunidad. Es por ello que la respuesta por parte del Derecho internacional no se ha centrado únicamente en la esfera legislativa, sino que las medidas se han enfocado, además, desde el punto de vista de la educación, la sociología y la salud, para concienciar a la sociedad de la gravedad de las mutilaciones genitales y desvincular su práctica de la identidad comunitaria.

- III. España adquirió la obligación de tipificar el delito de mutilación genital, a través del art 149.2 CP. El bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica, así como integridad moral, la dignidad, la libertad sexual y la propia sexualidad del individuo. La conducta típica consiste en causar a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Establece una pena de prisión de seis a 12 años y, en caso de que el sujeto pasivo sea menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, prevé la posibilidad de aplicar, siempre y cuando el Juez considere que beneficia el interés de estos sujetos, una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años.

IV. Dada la especial motivación que impulsa la comisión de este delito, se debe analizar si es posible justificarlo a través del conflicto de conciencia. El conflicto de conciencia implica que existen unas convicciones internas tan trascendentales para el sujeto que, el cumplimiento de una norma que va en contra de tales convicciones, le genere un conflicto extremo que desemboque en la vulneración de la norma en cuestión. En mi opinión, no es el caso de las mutilaciones genitales femeninas, dado que no se da ese conflicto interno sino que se ven motivados por la tradición y la costumbre, asimilándose más al delincuente por convicción.

V. Como se podría subsumir en un supuesto de conflicto de conciencia he analizado las repercusiones que puede entrañar en la culpabilidad. Desde el punto de vista de la imputabilidad, considero que al conflicto de conciencia, individualmente considerado, no se le puede aplicar las eximentes del art 20.1.1º CP. En todo caso, se le aplicaría si, con independencia del conflicto, concurriese dicha causa de inimputabilidad. En cuanto a la inexigibilidad, el miedo insuperable puede eximir o atenuar la responsabilidad de quien delinque motivado por un conflicto de conciencia. En cuanto a la conciencia de antijuricidad, cometer un delito por conflicto de conciencia no puede ser atenuado o eximido a través del error de prohibición.

VI. Finalmente, no considero que las mutilaciones genitales constituyan supuestos de conflicto de conciencia. Por tanto, no debe recibir un tratamiento diferenciado, en sede de culpabilidad, distinto que cualquier otro delito. En todo caso, habrá que analizar el caso concreto para ver si concurre alguna causa de modificación de la responsabilidad. Asimismo, teniendo en cuenta que la motivación radica en la tradición y costumbre aceptada en otros países, habrá que examinar si en un caso concreto puede haber un error de prohibición – supuesto que suele apreciarse en la jurisprudencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEGREGORI, M.C: *Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios*, Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, Bellaterra, 2001.

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998.
- BAUCESLLS I LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, 2000.
- CORCOY BIDASOLO, “Problemas jurídico-penales en la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias”, en CASADO (Coor.), *Estudios de Bioética*, Ed. Tirant lo Blanch 2000.
- FLORES MENDOZA, *Objeción de conciencia*, 1ª edición, Comares 2001.
- HERRERA MORENO, “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, págs. 49-84.
- JERICÓ OJER, L *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- JIMÉNEZ DÍAZ, Delitos relativos a la Prestación Social Sustitutoria: su problemática aplicación (parte II)”, en *CPC* 55, 1995. págs.43-124.
- LLABRÉS FUSTER, A “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico-penal español”, en DE LUCAS (Coord.), *Europa, derechos, culturas*, 2006, págs. 66-85.
- LUZÓN PEÑA, D.M: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, *El error en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 1989.
- QUINTERO OLIVARES, G *Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- TAMARIT SUMALLA, J M “Comentario al art. 149 CP” en: QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 9ª, 2011, págs. 95-149.
- TAMARIT SUMALLA, “Libertad de conciencia y responsabilidad penal”, en *Laicidad y Libertades* núm. 1, 2001, págs. 383-404.

IX. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- SAP, núm. 26/2011, 15/11/2011.
- STS, núm. 835/2012, 31/10/2012.
- SAN, núm. 9/2013, 04/04/2013.
- SAP, núm. 42/2013, 13/05/2013.
- STS, núm. 399/2014, 08/05/2014.
- STS núm. 351/2015, 26/05/2015.