



**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**MUTILACIÓN GENITAL:**

**RELEVANCIA DEL FENÓMENO CULTURAL EN SU TRATAMIENTO  
JURÍDICO-PENAL.**

**Ainara Erice Casado**

**DIRECTOR**

**Leticia Jericó Ojer**

**Pamplona / Iruñea.**

**16 de enero de 2017**

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar la mutilación genital femenina, desde sus características principales, hasta su tipificación en el CP español y su posterior tratamiento por parte de los tribunales españoles. Este fenómeno supone una de las formas más graves de discriminación por razón de sexo según los ordenamientos jurídicos supranacionales y constituye un delito tipificado expresamente en España (art. 149.2 del CP). Su práctica se ha extendido alrededor del mundo como consecuencia de los flujos migratorios y se realiza, principalmente, por progenitores extranjeros de niñas menores de edad al amparo de una costumbre, tradición o cultura. Esto ha llevado a la jurisprudencia a examinar el grado de conocimiento que tiene el autor sobre la antijuridicidad de la ablación, valorando la posibilidad de apreciar un error de prohibición atendiendo a las circunstancias subjetivas concretas del infractor, lo que ha ocasionado que, en determinados supuestos, se le absuelva del delito.

**Palabras claves:** mutilación genital femenina, discriminación por razón de sexo, costumbre, error de prohibición, cultura.

**Abstract:** The aim of this dissertation is to analyze the female genital mutilation, from its main characteristics to its penalization in the Spanish Criminal Code and its posterior treatment by the Spanish courts of justice. This phenomenon comprises one of the most serious means of discrimination due to gender issues according to the supranational legal system and constitutes an offence explicitly penalized in Spain (CC art. 149.2). Its practice has spread around the globe as a consequence of the migratory flows and it is practised, mainly, to underage children by foreigner parents under the protection of a custom, tradition or culture. This has lead the jurisprudence to examine the level of knowledge the author has about the unlawfulness of the ablation, considering the possibility of noticing an error on the prohibition attending to the specific subjective circumstances of the offender, which has induced, under certain assumptions, the offense to be acquitted.

**Key words:** Female genital mutilation, discrimination due to gender issues, custom, error on the prohibition, culture.

## ÍNDICE SISTEMÁTICO.

<b>ABREVIATURAS.</b> .....	<b>1</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>3</b>
<b>II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.</b> .....	<b>4</b>
1. CONCEPTO. ....	6
2. TIPOS DE MGF. ....	7
3. PROCEDIMIENTO. ....	9
4. CONSECUENCIAS FÍSICAS Y PSICOLÓGICAS DE LA PRÁCTICA. ....	12
5. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA MGF. ....	14
5.1. <i>La costumbre y la tradición.</i> .....	14
5.2. <i>Identidad sexual.</i> .....	15
5.3. <i>Control de la sexualidad y de las funciones reproductivas.</i> .....	15
5.4. <i>Higiene.</i> .....	16
5.5. <i>Estética.</i> .....	17
5.6. <i>Salud.</i> .....	17
5.7. <i>Religión.</i> .....	17
<b>III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.</b> .....	<b>19</b>
1. MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO INTERNACIONAL. ....	20
1.1. <i>La MGF y la prohibición de discriminación por razón de sexo.</i> .....	23
1.2. <i>La MGF y el derecho a la salud.</i> .....	30
1.3. <i>La MGF y los derechos del niño.</i> .....	32
2. MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO REGIONAL. ....	33
2.1. <i>África.</i> .....	34
2.2. <i>Unión Europea.</i> .....	38
<b>IV. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.</b> .....	<b>42</b>
1. EL DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL EN EL CP. ....	43
1.1. <i>La necesidad de introducir un tipo penal expreso en el CP.</i> .....	43
1.2. <i>Análisis del tipo penal.</i> .....	48
1.2.1. Bien jurídico. ....	48
1.2.2. Conducta típica. ....	49
1.2.3. Tipo subjetivo.....	52
1.2.4. Pena. ....	54
1.3. <i>La culpabilidad del sujeto activo. Especial referencia al error de prohibición.</i> .....	58
1.3.1. La relevancia de los motivos culturales en el ámbito de la culpabilidad. .	61
1.3.2. Causas de inimputabilidad (apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP).....	63

1.3.2.1. La alteración y anomalía psíquica (artículo 20.1 del CP).....	63
1.3.2.2. La alteración de la percepción (artículo 20.3 del CP).....	64
1.3.3. La inexigibilidad de la conducta: el miedo insuperable (artículo 20.6 del CP).....	65
1.3.4. La exclusión de la conciencia de la antijuridicidad: el error de prohibición (artículo 14.3 del CP). ....	66
1.3.4.1. El error de prohibición vencible e invencible. Criterios de vencibilidad.....	71
2. LA PERSECUCIÓN EXTRATERRITORIAL, EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y LA LOPJ. ....	73
2.1. <i>El principio de jurisdicción universal y la situación anterior a la reforma.</i> ...	74
2.2. <i>Las reformas legislativas de la LOPJ en relación con la ablación genital.</i> ...	77
3. EL DERECHO AL ASILO POR RAZÓN DE GÉNERO. ....	80
<b>V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE MUTILACIÓN GENITAL.....</b>	<b>83</b>
1. EXIGENCIA DE ÁNIMO ESPECÍFICO EN LA COMISIÓN DEL TIPO.....	84
2. LA INEXISTENCIA DE AUTORÍA PENALMENTE RELEVANTE EN LOS PROGENITORES. ..	84
3. LA ADMISIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN. ....	85
3.1. <i>La existencia de error de prohibición.</i> ....	88
3.2. <i>La apreciación (individual) del error de prohibición.</i> ....	89
REFLEXIONES FINALES.....	94
<b>VI. CONCLUSIONES FINALES. ....</b>	<b>97</b>
<b>VII. ANEXOS. ....</b>	<b>100</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA. ....</b>	<b>104</b>
<b>IX. JURISPRUDENCIA. ....</b>	<b>113</b>
<b>X. RESOLUCIONES INTERNACIONALES. ....</b>	<b>115</b>

## ABREVIATURAS.

- ACNUDH = Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- ACNUR = Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.
- AN = Audiencia Nacional.
- AP = Audiencia Provincial.
- ART. = Artículo.
- BOCG = Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE = Boletín Oficial del Estado.
- CC = Código Civil.
- CDN = Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.
- CEFDM = Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- CP = Código Penal.
- DNUEVM = Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer
- DRAE = Diccionario de la Real Academia Española.
- DUDH = Declaración Universal de Derechos Humanos.
- FJ = Fundamento Jurídico.
- FPNU = Fondo de Población de Naciones Unidas.
- LO = Ley Orgánica.
- LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial.
- MG = Mutilación Genital.
- MGF = Mutilación Genital Femenina.
- OACDH = Oficina del Alto Comisionado *para los* Derechos Humanos.
- OMS = Organización Mundial de la Salud.
- ONG = Organización no gubernamental.
- ONU = Organización de las Naciones Unidas.
- OUA = Organización de la Unidad Africana.
- PACE = Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.
- PIDCP = Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PNUD = Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- RG = Recomendación General.
- SAN = Sentencia de la Audiencia Nacional.

- SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SJP = Sentencia del Juzgado de lo Penal.
- STC = Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS = Sentencia del Tribunal Supremo.
- TS = Tribunal Supremo.
- UEMAO = Unión Económica y Monetaria del África Occidental.
- UNECA = Comisión Económica de las Naciones Unidas para África.
- UNESCO = Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
- UNICEF = El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
- UNIFEM = El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer.

## I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, más de 200 millones de mujeres alrededor de todo el mundo padecen las dramáticas consecuencias de la MGF y cerca de tres millones de niñas corren el riesgo de sufrirla cada año. En algunos territorios, esta cifra se traduce en una de cada dos mujeres<sup>1</sup>. A pesar de los constantes intentos de la comunidad internacional por erradicarla, a lo largo del día de hoy más de 6.000 niñas serán mutiladas en alguna parte del mundo. Más de 250 niñas en el tiempo que usted tarde en leer el presente estudio<sup>2</sup>.

Como mujer, como ser humano y como miembro de la comunidad internacional, elaboro este estudio con el objetivo de proporcionar una visión social y jurídica de la MGF y de concienciar al lector sobre la grave situación a la que se enfrentan cada día millones de mujeres. Porque sólo de este modo podremos entender que esta práctica supone uno de los supuestos más graves de violencia contra la mujer y de discriminación por razón de sexo, que atenta contra la mujer por el mero hecho de serlo, con la finalidad de someterla al hombre. Una situación intolerable que no puede tener cabida en pleno siglo XXI y cuya eliminación nos compete a todos y a todas, en aras de garantizar una igualdad real entre hombres y mujeres.

A lo largo de este documento haremos referencia a las características principales de la MGF, a su proscripción en la normativa nacional, regional e internacional y a los problemas jurídicos que desde el Derecho Penal plantea su realización cuando ésta se lleva a cabo alegando motivos culturales, creencias individuales, costumbres o tradiciones. Para ello, haremos un exhaustivo análisis del delito de mutilación genital (previsto en el artículo 149.2 del CP) e incidiremos sobre la institución jurídica que mayor relevancia adquiere en este conflicto: el error de prohibición.

---

<sup>1</sup> “Este es el mannequin challenge más necesario que has visto” en *El Español*, 7 de enero de 2017.

[http://www.elespanol.com/social/20170105/183731935\\_0.html](http://www.elespanol.com/social/20170105/183731935_0.html)

<sup>2</sup> Cifras obtenidas de AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 15; “Mutilación Genital Femenina: Todavía 29 países siguen practicando esta forma de violencia contra las mujeres y las niñas” en *Amnistía Internacional*, 5 de febrero de 2015.

<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mutilacion-genital-femenina-todavia-29-paises-siguen-practicando-esta-forma-de-violencia-contra/>; y, “El Parlamento Panafricano aprueba la prohibición de la mutilación genital femenina en sus 50 estados miembro” en *Diario Público*, 8 de agosto de 2016.

<http://www.publico.es/sociedad/parlamento-panafricano-aprueba-prohibicion-mutilacion.html>

## II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.

La convivencia en un mismo territorio de grupos sociales procedentes de civilizaciones distintas es una circunstancia que se ha venido produciendo a lo largo de la historia y que se ha visto incrementada como consecuencia de la globalización.

El siglo XX se ha caracterizado por la lucha a favor de los derechos humanos, que se ha instrumentalizado mediante declaraciones universales, interpretaciones éticas del humanismo o convenciones internacionales enfocadas al reconocimiento de los derechos humanos, especialmente de aquellos individuos o colectivos perseguidos o aislados por la sociedad de la que son parte.

En el camino, como consecuencia del “multiculturalismo” o la convivencia de diferentes culturas en un mismo territorio, se ha producido una colisión entre los valores del Estado receptor (recogidos también por el Derecho Internacional) y los derechos de los individuos inmigrantes, pertenecientes a territorios con diferentes valores, principios y derechos.

Este contraste cultural se acentúa especialmente en aquellas prácticas que, amparadas por la “tradicición”, atentan contra los derechos de la mujer por ser considerada inferior al hombre, como pueden ser la poligamia, los matrimonios forzados, el uso del velo islámico, el infanticidio femenino y, el más controvertido, la MGF<sup>3</sup>.

En la actualidad resulta muy complicado obtener información sobre los estados en los que se practica la MGF, existiendo una mera estimación que no refleja en absoluto su alcance real. Los datos presentados por organizaciones internacionales como la OMS o UNICEF evidencian que la MGF es una práctica frecuente en más de cuarenta países, situados principalmente en África (realizándose esta intervención en

---

<sup>3</sup> SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 39.

más de veintiocho países) y Oriente Medio (Emiratos Árabes, Omán, Yemen y Egipto)<sup>4</sup> tal y como muestran los ANEXOS I y II que se acompañan al presente estudio.

No obstante, como consecuencia de los flujos migratorios la práctica de la ablación se ha extendido a territorios en los que no se venía realizando tradicionalmente, como es el caso de determinados territorios de Asia (por ejemplo, entre los miembros de la secta musulmana *Dawoodi Bohra* de India); en el Pacífico (Indonesia, Malasia, Sri Lanka y estados limítrofes); en América del Norte (Estados Unidos y Canadá); en Latinoamérica (en determinadas comunidades de América Central y Sudamérica); Australia; y, en Europa (en países como Suecia, Dinamarca, Francia, Italia, Países Bajos o Reino Unido). De esta forma, los inmigrantes han preservado la práctica de la ablación (tan arraigada en su entorno) en los países industrializados destinatarios, realizándola o bien en su nuevo lugar de residencia o bien enviando a las niñas al país de origen<sup>5</sup>.

Así pues, la comisión de una MGF sobrepasa el respeto a la cultura del individuo, constituyendo un problema de Humanidad, un obstáculo para la consecución de una igualdad real entre hombre y mujeres, de una sociedad sin discriminación y de una justicia real. Se trata de una intervención que no infiere únicamente en los lugares en los que se practica, sino que tiene una repercusión social a nivel global, y que debe ser considerada inaceptable<sup>6</sup>.

A lo largo del presente apartado haremos referencia a las características generales de la MGF, a fin de que el lector sea consciente de la gravedad de la intervención y pueda comprender con mayor facilidad la respuesta del Derecho para tratar de erradicar esta práctica cultural.

---

<sup>4</sup> En la Nota descriptiva sobre Mutilación Genital Femenina publicada por OMS en Febrero de 2016 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/> en el que se hace referencia al Informe de UNICEF del año 2016 denominado *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern* recogido en la web [http://www.unicef.org/media/files/FGMC\\_2016\\_brochure\\_final\\_UNICEF\\_SPREAD.pdf](http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf)

<sup>5</sup> Para llevar a cabo la MGF los familiares de la niña siguen una de las siguientes vías: a) Confían la laborar a médicos de la comunidad residentes en el Estado receptor; b) Pagan el desplazamiento a curanderas tradicionales del país de origen para que vengán a practicar la mutilación al Estado en el que ahora residen; o c) Envían a la niña al país de origen para que sea sometida allí a la ablación. Visto en AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 23.

<sup>6</sup> En palabras de AMIRIAN “cuando infligir dolor contra un ser humano de forma gratuita y con consecuencias imborrables se convierte en una actividad reiterada, no debería considerarse una de esas tradiciones que forma parte del bagaje cultural de un pueblo, sino un síntoma que refleja los déficit de los derechos de sus miembros”, AMIRIAN, N./ ZEIN, M.: *El Islam sin velo*, Planeta, Barcelona, 2009, pág. 84.

## 1. Concepto.

La MGF ha sido definida por organizaciones internacionales como Amnistía Internacional o la OMS como aquella consistente en la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales o religiosas o por motivos no terapéuticos<sup>7</sup>. Es, por tanto, una forma de expresar de manera física una construcción social relativa a términos como el género y/o la sexualidad, que implica en todo caso un atentado contra la integridad física de las mujeres y niñas<sup>8</sup>.

Este procedimiento pseudoquirúrgico, también conocido como “ablación”, ha sido relacionado en numerosas ocasiones con sinónimos eufemísticos como “escisión” o “circuncisión femenina”. No obstante, esta designación debe ser considerada errónea ya que no refleja la crueldad a la que se enfrentan las mujeres y niñas, según la ONU<sup>9</sup>.

Por un lado, con respecto al término “escisión” cabe indicar que, como veremos más adelante, este concepto no puede ser equivalente al de “mutilación genital femenina” o “ablación”, en tanto que no engloba todas las variantes de esta práctica. La escisión es únicamente una de las modalidades de MGF existentes en la actualidad pero no la única ni la más grave.

Por otro lado, ciertos autores consideran equiparables la circuncisión femenina y masculina, en la medida que ambos supuestos conllevan la extirpación de partes anatómicas de niñas y niños sanos<sup>10</sup>. Sin embargo, el uso de “circuncisión femenina”

---

<sup>7</sup> Definición utilizada por AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21; ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1393; <http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev667/articulo8.html>.

Igualmente véase, OMS <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

<sup>8</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21.

<sup>9</sup> Así queda reflejado en el Estado de la Población Mundial 1995, celebrado en El Cairo, pág. 12. Fondo de Población de las Naciones Unidas (FPNU).

<sup>10</sup> En este sentido, ALDEED ABU-SAHLIEH, S.A.: *Circoncision masculine, circoncision féminine. Débat religieux, médical, social et juridique*, L'Harmattan, Paris, 1998, pág. 102, opina que Occidente únicamente ha promulgado leyes para prohibir la circuncisión femenina pero no la masculina por miedo a que la sociedad judía tache de antisemitas a los Gobiernos que apoyaran esa decisión. En este sentido, considera que las Organizaciones Internacionales son cómplices de la violación del derecho del niño a conservar su anatomía intacta, al tratar de erradicar únicamente la circuncisión femenina. Sin embargo,

para referirse a la MGF resulta incorrecto en tanto que sugiere que el procedimiento llevado a cabo es similar al empleado en la circuncisión masculina, cuando en realidad, en el caso de las mujeres y niñas se invade mucho más su cuerpo y resulta mucho más peligrosa<sup>11</sup>. Así pues, el FPNU rechaza su empleo por entender que las implicaciones para la salud de la circuncisión masculina y femenina no son equivalentes.

Por todo ello, la ONU ha indicado que desde una percepción basada en pro de la salud y los derechos humanos de la mujer, el concepto que describe mejor este fenómeno es el de “mutilación genital femenina”, dado que la palabra “mutilación” enfatiza la gravedad de la intervención, dejando entrever la violación de derechos humanos fundamentales en las mujeres y niñas que la sufren<sup>12</sup>.

## 2. Tipos de MGF.

Dentro del amplio concepto de MGF, podemos diferenciar distintas clases de intervención, que abarcan desde la ablación del prepucio del clítoris hasta la grave circuncisión faraónica o infibulación. En la actualidad, existen discrepancias entre los distintos autores dado que no todos distinguen las mismas graduaciones dentro de este fenómeno<sup>13</sup>. Siendo conscientes de ello, haremos referencia a la clasificación proporcionada por Amnistía Internacional y la OMS, por ser la respaldada por la

---

este autor parece olvidar que el equivalente masculino a la MGF no sería la circuncisión, sino la extirpación parcial del pene.

<sup>11</sup> Son varias las voces que se muestran en contra de utilizar el término “circuncisión femenina”. Entre ellos se encuentran AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21; y, BAYO, A./ GONZÁLEZ BLANCO, I. / GRAU CERRATO, S./ MARIANA, J./ ROMÁN BROTO, A., “La mutilación genital en la mujer del siglo XXI” en *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, núm. 6, 2003, pág. 258.

<sup>12</sup><http://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-la-mutilaci%C3%B3n-genital-femenina-mgf#secuelas-psicol%C3%B3gicas>

<sup>13</sup> Algunos autores han empleado clasificaciones alternativas a la proporcionada por Amnistía Internacional. Por un lado, ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 27, considera que existen tres formas básicas de intervención: la circuncisión sunna (referida a la ablación circular del prepucio clitoridiano o del clítoris en su totalidad), la clitoridectomía y la infibulación. Esta autora incluye la extirpación del clítoris dentro de la circuncisión sunna, siendo esta práctica incluida por Amnistía Internacional dentro del concepto de “clitoridectomía”, lo que ocasiona que a su vez la definición dada para la clitoridectomía por ADAM MUÑOZ tampoco se ajuste a la proporcionada por la organización internacional, asemejándose más al término “escisión”. Por su parte, ROPER CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1393, reconoce cuatro tipos de MFG, siendo su modalidad más sencilla la ablación del prepucio del clítoris, es decir, “la escisión de los tejidos circulantes del clítoris”. El resto de los términos empleados se corresponden con los mencionados por Amnistía Internacional.

doctrina mayoritaria. En este sentido, existen tres grados de ablación genital<sup>14</sup> (véase el ANEXO III):

- En primer lugar, debemos mencionar el Tipo I, también conocido como *Clitoridectomía*, que conlleva la resección parcial o total del clítoris, y en determinados supuestos sólo del prepucio.
- En segundo lugar, hallamos el Tipo II, denominado *Escisión*, que comprende la extirpación de la totalidad o parte del clítoris y de los labios menores, con o sin incisión en los labios mayores.
- Y por último, nos encontramos con la modalidad más grave y peligrosa de mutilación genital, la clasificada como Tipo III, conocida como *Infibulación* (o “circuncisión faraónica” o “circuncisión sudanesa”), que acarrea la ablación de los labios mayores para crear una superficie en carne viva cuyos extremos se cosen o se mantienen unidos con el fin de que, al cicatrizar, tapen la vagina, dejando únicamente una pequeña apertura para permitir el paso de la orina y el flujo menstrual<sup>15</sup>. En este punto, hay quienes defienden que esta modalidad no conlleva necesariamente la rescisión del clítoris<sup>16</sup>.

Aproximadamente, el 15% de las mutilaciones genitales femeninas que se practican en África son infibulaciones, siendo las prácticas más habituales las clitoridectomías y las escisiones (85%)<sup>17</sup>. Estos porcentajes varían dependiendo del

---

<sup>14</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21; OMS <http://www.who.int>. No obstante, la OMS incluye una cuarta clase de mutilación, que engloba todos los demás procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos, entre los que se encuentran la perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital. Hemos decidido no hacer referencia a esta última categoría en vista de que esta modalidad no encajaría dentro del delito de mutilaciones genitales previsto en el artículo 149 CP que posteriormente expondremos, sin perjuicio de que pudiese calificarse como un delito de lesiones de artículo 147 del mismo cuerpo legal.

<sup>15</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*, op.cit. pág. 21. Esta definición ha sido empleada por ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1393; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 946.

<sup>16</sup> La OMS entiende que la infibulación no lleva aparejada siempre la amputación del clítoris (clitoridectomía), al definir esta modalidad como “el estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin resección del clítoris, dejando un mínimo orificio para la salida de la orina y el flujo menstrual”.

<sup>17</sup> Porcentaje obtenido de la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, sobre las mutilaciones genitales femeninas.

territorio o Estado en el que nos encontremos, tal y como evidencia el mapa que acompañamos como ANEXO IV al presente estudio, en el que se muestra la distribución geográfica de los distintos tipos de MFG en África y Oriente Medio. De este modo, la infibulación se lleva a cabo especialmente en Sudán, Somalia y Djibouti, donde más del 82% de las mujeres padece esta intervención<sup>18</sup>.

### 3. Procedimiento.

La clase de mutilación genital, la edad y la forma en la que se lleva a cabo la intervención varía dependiendo de factores externos como el grupo étnico al que pertenece la mujer, el país en el que vive, la modalidad del área en la que se halla (rural o urbana) y su origen socioeconómico<sup>19</sup>.

La MGF se practica a niñas y mujeres de edades muy diversas, que oscilan desde el nacimiento hasta el primer embarazo. En algunas zonas, ésta tiene lugar durante la infancia, incluso un par de días después del nacimiento. En otras, en cambio, se realiza durante la niñez, a la hora de contraer matrimonio o durante el primer embarazo de la mujer.

Según informa la OMS, la edad media ha ido disminuyendo en algunos territorios, y la mayoría de las ablaciones se practican cuando la niña tiene entre cero y quince años<sup>20</sup>, aunque generalmente se realiza cuando éstas tienen entre cuatro y ocho años, lo que lleva a pensar que cada vez se encuentra menos relacionada con la iniciación a la edad adulta<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 27.

<sup>19</sup> SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y Política Criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 26. También, AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 21; y, ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 26.

<sup>20</sup> OMS <http://www.who.int>.

<sup>21</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 26; y, AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 22. Por su parte, BAYO, A./ GONZÁLEZ BLANCO, I./ GRAU CERRATO, S./ MARIANA, J./ ROMÁN BROTO, A., “La mutilación genital en

A pesar de que en algunos casos se lleve a cabo de forma individual, lo normal es que se practique en grupo, como es el caso de aquellas comunidades en las que la ablación forma parte de un ritual de iniciación. Esto sucede, por ejemplo, en sociedades de África occidental, central y oriental.

Este procedimiento suele componerse de tres fases:

La primera fase es la de *separación*, en la que las niñas son apartadas de su comunidad y mutiladas. En este punto, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que en ocasiones se prepara psicológicamente a la niña para lo que va a experimentar, en la mayoría de los casos, las niñas ignoran lo que va a suceder, ya que se trata de un tema tabú<sup>22</sup>.

La ablación se lleva a cabo normalmente o bien en el domicilio de la niña o de un familiar (cuando se practica de forma individual), o bien en un lugar designado al efecto (como sucede cuando se realiza de manera colectiva), como por ejemplo, debajo de un árbol o junto al río. La persona encargada a tales efectos suele ser una mujer de la comunidad que puede ser una anciana que ha heredado el oficio de su madre, una curandera tradicional o una comadrona<sup>23</sup>. Se trata de un miembro muy respetado por el grupo social<sup>24</sup>.

---

la mujer del siglo XXI” en *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, núm. 6, 2003, pág. 261 afirma que la disminución de la edad es consecuencia de la voluntad de los progenitores de reducir el riesgo de trauma en la niña y evitar que los gobiernos intervengan en estas cuestiones o que las niñas se resistan cuando se hagan mayores, al formar sus propias opiniones. Así, cuanto más joven sea la niña, más predispuesta estará a practicársela en un futuro a sus hijas.

<sup>22</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 16.

<sup>23</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 26; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 22.

<sup>24</sup> En Somalia se les denomina *midgaan* y son consideradas intocables por no ser descendientes del profeta Mahoma. Declaración de Waris Dirie, modelo somalí, en TORRES FERNÁNDEZ, M.E.: “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 1. Sin embargo, en ocasiones, la MGF se lleva a cabo por varones, como pueden ser, un barbero o un médico cualificado, tal y como indica AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 22. No obstante, lo habitual es que únicamente participen mujeres en el proceso, y que se realice sin asistencia sanitaria, ya que estos supuestos están reservados a familias adineradas.

La niña es inmovilizada con las piernas abiertas y se procede a la rescisión empleando instrumentos primarios como pueden ser un cristal roto, la tapa de una lata, la hoja de una navaja, una cuchilla de afeitar, unas tijeras o cualquier otro instrumento cortante. Normalmente, no se toma ninguna medida para apaciguar el dolor, aunque en ocasiones se emplea anestesia local o agua fría para entumecer la zona genital y reducir el sangrado. En el caso de la infibulación, se usan además espigas o puntos para unir los extremos de los labios mayores<sup>25</sup>.

Más adelante, las niñas experimentan la fase de la *marginación* que engloba el periodo de cicatrización de la herida y el proceso de aprendizaje. Una vez realizada la intervención, se aplica en la herida un ungüento compuesto de hierbas, cenizas o estiércol para que ésta cicatrice, y se envuelve a las niñas con un paño blanco que las inmoviliza y las obliga a permanecer tumbadas hasta que la herida se cierre, siendo este un periodo que oscila entre dos y ocho semanas (dependiendo del tipo de MGF que se haya realizado)<sup>26</sup>.

Durante este periodo de exclusión, las niñas perciben de primera mano los tabúes que rodean la ablación, así como las normas estrictas, las prescripciones y las prohibiciones especiales y espaciales que limitan su comportamiento (como por ejemplo, las relativas a los cuidados, higiene, alimento, ropa o movimiento en general). No obstante, la relevancia de esta fase radica en la inmersión cultural que experimentan las jóvenes, ya que es en este momento cuando las mujeres de la comunidad les transmiten todas las enseñanzas culturales y sociales de su pueblo<sup>27</sup>.

Por último, una vez que la herida ha cicatrizado, encontramos una tercera fase conocida como *agregación* en la que tiene lugar una ceremonia en el que las niñas son

---

<sup>25</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 26; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 22.

<sup>26</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 16; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 26; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 22.

<sup>27</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 16.

presentadas a la comunidad como nuevos miembros, a las que se les asigna nuevos roles y categorías sociales. En este sentido, son las mujeres de la comunidad, hermanas, madres y abuelas de las jóvenes mutiladas las que ofrecen bailes a las “iniciadas” mostrándose orgullosas de que las jóvenes hayan cumplido con el rito de iniciación.

De esta forma, la ceremonia supone el reconocimiento, la legitimación y la aceptación de la sociedad, esto es, la unidad al grupo. Se trata de un sentimiento de permanencia, un rito que marca quién es miembro de una comunidad y quién no<sup>28</sup>.

#### **4. Consecuencias físicas y psicológicas de la práctica.**

El secretismo que envuelve la práctica de la ablación genital dificulta la obtención de datos sobre las consecuencias que esta práctica acarrea en la salud de las mujeres. Sin embargo, es indudable que la MGF afecta negativamente a la mujer, tanto a nivel físico como a nivel psicológico.

En primer lugar, haremos referencia a los *efectos físicos*. La MGF puede provocar la muerte. En el momento de la intervención acarrea un gran dolor (ya que se practica normalmente sin utilizar anestesia) así como conmoción, hemorragias y daños en los órganos que rodean el clítoris y los labios. Una vez practicada, la mujer puede experimentar retención de orina e infecciones graves. Por otro lado, el uso del mismo instrumento para realizar mutilaciones colectivas sin proceso previo de desinfección puede propagar el VIH<sup>29</sup>. Muy habitualmente, las niñas padecen infecciones crónicas, hemorragias intermitentes, abscesos y pequeños tumores benignos del nervio que producen malestar y dolor extremo<sup>30</sup>.

Las consecuencias de la ablación también quedan patentes durante el parto, momento en el que la herida (ya cicatrizada) puede desgarrarse. Como es lógico, los

---

<sup>28</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 16 y 18.

<sup>29</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 28.

<sup>30</sup> Según AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 24, estos síntomas se ven agravados en el caso de la infibulación, que a largo plazo puede conllevar infecciones crónicas del tracto urinario, piedras en la vejiga y la uretra, trastornos renales, infecciones en el tracto genital a consecuencia de la obstrucción del flujo menstrual, infecciones en la pelvis e infertilidad, tejido cicatrizal excesivo, queloides y quistes dermoides.

efectos se agravan en el caso de la infibulación, en cuyo caso es necesario practicar un corte a la mujer en la zona genital para permitir la salida del bebé. Por tanto, cuando la mujer no es asistida durante el alumbramiento, puede experimentar desgarros perineales u obstrucción al parto. Además, debe tenerse en cuenta que tras el parto, se le vuelve a practicar a la mujer la infibulación (lo que se conoce como *reinfibulación*) y, las constantes incisiones y suturas de la zona genital tras cada parto pueden acarrear la formación de un fuerte tejido cicatrizal.

Asimismo, no es difícil imaginar que la MGF conlleva efectos negativos en el libre desarrollo y en el disfrute de la sexualidad. La primera relación sexual se convierte en una experiencia sumamente dolorosa para la mujer, especialmente en el caso de las infibuladas<sup>31</sup>. Además, en algunos casos, el dolor perdura en las sucesivas relaciones sexuales. Por otra parte, al ser el clítoris un órgano vinculado a la consecución del placer sexual y de los orgasmos, su mutilación parcial o total conlleva consecuencias negativas en la satisfacción sexual de las mujeres.

Por último, cabe mencionar que junto con los efectos físicos y sobre la sexualidad, encontramos aquellos de carácter psicológico, ya que la MGF puede provocar ansiedad, depresión y psicosis. En ocasiones las mujeres presentan traumas derivados de la intervención o sufren síndromes de ansiedad crónica asociada a cualquier actividad vinculada a la zona genital y depresión ante la preocupación de la situación de sus órganos sexuales o el miedo a la infertilidad (puesto que los efectos físicos que acarrea pueden causar la infertilidad)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En todos los tipos de MGF la herida de la mutilación puede abrirse, lo que ocasiona gran dolor. No obstante, en el caso de la infibulación, es necesario practicar una incisión previa (conocida como “desinfibulación”) que permita la apertura de los labios y el acceso a la vagina, lo que ocasiona un dolor adicional. Esta intervención supone un riesgo para la mujer al realizarse normalmente en situaciones precarias. En este contexto, no es raro que se generen heridas graves a causa de incisiones erróneamente practicadas o que se transmita el VIH, ya que la herida duradera producida en todos los tipos de MGF aumenta el riesgo de su transmisión durante el contacto sexual, AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 24.

<sup>32</sup> ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1393-1394; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 28. Para información más detallada sobre las consecuencias de la MGF véase, KAPLAN MARCUSAN, A., “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género” en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 6, 2001, págs. 208-2012.

## 5. Motivos que justifican la MGF.

Las razones por las que se práctica la MFG son muy diversas y varían dependiendo del territorio y la comunidad étnica en la que nos encontremos, siendo las más importantes las relativas a la tradición, la higiene, la estética, facilitar el parto, la promoción de la cohesión social, la prevención de la promiscuidad, el aumento de las oportunidades matrimoniales, la preservación de la virginidad, la necesidad de mantener a la mujer alejada de los hombres, la potenciación de la fertilidad, el mantenimiento de una buena salud y la prevención de fallecimiento tanto del marido (durante el coito) como del recién nacido (durante el parto) por tocar el clítoris. A continuación, expondremos los motivos fundamentales por los que se lleva a cabo la MGF.

### 5.1. La costumbre y la tradición.

En la actualidad, las razones más invocadas para realizar una MGF son fundamentalmente la costumbre y la tradición. La ablación genital forma parte de un rito de iniciación, en el que la niña pasa a ser considerada públicamente como un miembro de la comunidad, una mujer. Por tanto, no es una opción, es una acción que deriva de la tradición<sup>33</sup>.

Tras la práctica de la ablación, las niñas desarrollan un sentimiento de permanencia con respecto al grupo, por presentar las mismas huellas imborrables en sus cuerpos que poseen sus madres y abuelas y por haber asimilado los aprendizajes que les han inculcado durante el período de cicatrización, en el que son instruidas sobre su identidad étnica y de género. En consecuencia, una niña no se considerará adulta hasta que se haya sometido a la ablación.

En este sentido, la MGF es considerada una práctica muy habitual en los lugares en los que se realiza, especialmente en áreas rurales, hasta tal punto que los miembros de esas comunidades no pueden imaginar que una mujer no haya sido sometida a esta intervención, entendiéndolo únicamente las extranjeras y las marginadas no están

---

<sup>33</sup> Ejemplo de ello es el testimonio de una mujer egipcia que, al hablar de sus hijas menores, manifestó que: “Por supuesto haré que las circunciden exactamente como circuncidaron a sus padres, abuelos y hermanas. Es nuestra costumbre”, ASSAAD, M.B., “Female Circumcision in Egypt: Social Implications, Current Research and Prospects for Change” en *Studies in Family Planning*, núm. 11, 1990, pág. 3; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 26.

mutiladas, es decir, aquellas mujeres que no pertenecen a la comunidad. Así pues, si una mujer se niega a someter a su hija a este rito, condena a ésta a ser excluida y humillada por parte de la comunidad<sup>34</sup>.

### 5.2. *Identidad sexual.*

En diversas sociedades, la MGF es considerada una práctica necesaria para que la niña pase a ser mujer, atributo que lleva consigo un determinado rol social, caracterizado por la sumisión al hombre y la diferenciación de sexos y de los papeles que cada uno de ellos desempeña en la vida y en el matrimonio<sup>35</sup>. Así pues, sus defensores creen que la MGF potencia la feminidad, entendido ésta como sinónimo de docilidad y obediencia. Por otro lado, en algunas comunidades se identifica el clítoris como la “parte masculina” del cuerpo de la mujer, y se entiende que sólo mediante su amputación se logra que la niña pueda ser considerada totalmente mujer<sup>36</sup>.

### 5.3. *Control de la sexualidad y de las funciones reproductivas.*

La mutilación genital femenina se lleva a cabo en ocasiones con la finalidad de mitigar el deseo sexual de la mujer, reduciendo así las posibilidades de que ésta sea infiel durante su matrimonio. Debemos tener en cuenta que la ablación genital se lleva a cabo en sociedades patriarcales, en las que la práctica sexual por parte de mujeres es entendida, en todo caso, como un acto destinado a la reproducción, que debe realizarse una vez celebrado el matrimonio.

---

<sup>34</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 18; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 29; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, págs. 26-27.

<sup>35</sup> ASSAAD, M.B., “Female Circumcision in Egypt: Social Implications, Current Research and Prospects for Change” en *Studies in Family Planning*, núm.11, 1990, pág. 6 señala que hay quienes defienden su práctica indicando que: “Estamos circuncidadas e insistimos en circuncidar a nuestras hijas para que no haya confusión entre hombres y mujeres (...) Una mujer no circuncidada es humillada por su esposo, que la llama ‘tú, la del clítoris’. La gente dice que es como un hombre”. En el mismo sentido, MARTÍN ESPILDORA, N., “Atención de menores inmigrantes en la consulta: entre la diferencia cultural y el delito. Un caso de ablación de clítoris”, en *Atención primaria*, núm. 36, 2005, pág. 397.

<sup>36</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 27; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 947.

De este modo, la virginidad es una cualidad fundamental que debe apreciarse en toda mujer y por tanto, resulta crucial impedir que la mujer experimente encuentros sexuales ilegítimos, ya que de su castidad depende el honor de su familia<sup>37</sup>.

Se trata, en definitiva, de un instrumento para oprimir los deseos sexuales de la mujer y su libertad sexual, al considerarse que reduce la libido femenina y fomenta la virginidad, protegiendo a las jóvenes de la frustración sexual<sup>38</sup>. Esto ocurre por ejemplo, en el caso de la infibulación, en el que el miedo al dolor de la incisión o a ser descubiertas desalienta a muchas mujeres de practicar actos “deshonestos”<sup>39</sup>.

#### 5.4. Higiene.

En determinadas comunidades, esta práctica se lleva a cabo por razones de higiene, refiriéndose a la MGF con términos populares sinónimos de purificación o de limpieza, como *tahara* en Egipto, *tahúr* en Sudán o *sili-ji* en Mali. De este modo, una mujer circuncidada es una mujer limpia<sup>40</sup>.

Atendiendo a esta creencia, las mujeres no mutiladas o *solima* no pueden manipular agua ni alimentos, ya que de lo contrario ejercerían una acción contaminante que impediría al resto del grupo nutrirse de ellos. En este sentido, la comida “contaminada” por estas mujeres recibe el nombre de *haram* que en árabe significa “demonio”, siendo el peor calificativo que puede utilizarse para desprestigiar a un individuo de la comunidad<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Como puede observarse, sus defensores dudan de la capacidad de la mujer para mantenerse casta antes del matrimonio o incluso de que sea fiel a su marido una vez celebrado éste.

<sup>38</sup> “La circuncisión hace limpias a las mujeres, fomenta su virginidad y castidad y protege a las muchachas jóvenes de la frustración sexual al atenuar su apetito sexual”. Declaración de la señora Njeri, defensora de la mutilación genital en Kenia, KATUMBA, R., “Kenyan Elders Defend Circumcision” en *Development Forum*, 1990, pág. 17.

<sup>39</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 28.

<sup>40</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 28; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 947. Sobre esta cuestión, GÓMEZ-LIMÓN AMADOR, M.T./ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, I.: *Las tradiciones que no aman a las mujeres*, Foca-Akal, Madrid, 2011, pág. 174 señala que entre los Bambaras, grupo étnico mandinga habitante del oeste de África (principalmente en Malí), el clítoris es el hogar de un espíritu maligno del que la mujer se desprende tras la ablación, recuperando su pureza.

<sup>41</sup> KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch,

### 5.5. Estética.

En algunas sociedades se considera que el clítoris es un órgano carente de belleza y voluminoso, que puede crecer demasiado. Quienes se amparan en este motivo consideran que sin clítoris, la mujer se vuelve más bella para los hombres y ello le facilita poder contraer matrimonio<sup>42</sup>.

### 5.6. Salud.

Hay quienes creen que la MGF reporta un beneficio en la salud, tanto de la mujer, como de su marido y/o su hijo. Por un lado, se cree que aumenta la fertilidad de la mujer y que hace más seguro el parto. Y, por otro lado, se trata de una medida que previene la muerte del hombre o del descendiente, al entenderse que clítoris es un órgano peligroso que puede provocar el fallecimiento del marido, si tiene contacto con su pene, o del recién nacido, si lo roza durante el alumbramiento<sup>43</sup>.

### 5.7. Religión.

En los territorios en los que la mutilación genital se realiza por personas musulmanas, resulta frecuente que la intervención se justifique amparándose en la fe islámica, considerando que la ablación es un requisito indispensable para que la niña se convierta en musulmana, para que comience a rezar, para que se vuelva más humilde y resignada, y para que pueda ir al paraíso.

Sin embargo, son muchos los musulmanes que se oponen a esta práctica, sosteniendo que no existe conexión alguna entre la mutilación genital y la religión, ya

---

Valencia, 2006, pág.18; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 947.

<sup>42</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 28; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 947.

<sup>43</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 30; KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág.18; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 947.

que no existe ningún precepto en el Corán, ni en la Charia, ni en Sunna<sup>44</sup>, que obligue a sus fieles a su realización. De este modo, en palabras de ORTEGA TEROL “la ablación genital (...) no encuentra fundamento en ningún precepto coránico, sino que se trata del resultado de una interpretación sesgada, puntual, no generalizada y, desde luego, aberrante”<sup>45</sup>.

Por su parte, quienes la realizan se fundamentan en la tradición oral, es decir, en un proverbio popular atribuido a Mahoma o *hadith*<sup>46</sup>, cuya veracidad no es reconocida por todos los sectores de la sociedad musulmana.

Un ejemplo de la lucha que algunos líderes islámicos por convertir la MGF en un símbolo de reafirmación de la interpretación del Islam lo encontramos en Egipto. El Gobierno del citado Estado prohibió las MGF en hospitales públicos en 1994, mediante Decreto del Ministerio de Sanidad, lo que provocó que el jeque integrista Yusef el Badri interpusiera un recurso ante el Tribunal Administrativo de El Cairo al considerar que la norma era “antimusulmana”<sup>47</sup>.

En la actualidad, los líderes islámicos no han conseguido alcanzar una postura unánime acerca de esta materia<sup>48</sup>. Bajo mi punto de vista, en relación a lo anteriormente

---

<sup>44</sup> KAPLAN MACURSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.), *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 17, sostiene que la ablación constituye una sunna, es decir, un elemento que tiene carácter recominatorio y no preceptivo.

<sup>45</sup> ORTEGA TEROL, J.M., “Islam y Derecho Internacional: influencia y desencuentros” en CATALÁ RUBIO, S/ MARTÍ SÁNCHEZ, J.M.: *El Islam en España. Historia. Pensamiento, Religión y Derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 108.

<sup>46</sup> Según este dicho, ante una pregunta que le realizó un hombre practicante de la mutilación genital, el profeta Mahoma declaró: “Reduce pero no destruyas”.

<sup>47</sup> Este recurso fue resultado por el Tribunal a mediados de 1997 fallando a favor del Jeque. No obstante, el Gobierno egipcio hizo caso omiso a la resolución y en diciembre del mismo año, el ministro de Sanidad volvieron a imponer su prohibición estableciendo penas de hasta tres años de prisión para quien las realizara en hospitales públicos y privados. Ante esta situación, los líderes integristas pro MGF impugnaron esta medida ante la Corte Suprema Administrativa de Egipto en 1998. Sin embargo, esta vez la resolución judicial respaldó la decisión del Gobierno sosteniendo que “la ablación no es una práctica islámica, ya que en el Corán (...) no existe ningún versículo sobre la necesidad de efectuarla (...) no es tampoco una sunna (...) sólo se puede efectuar en los casos en que los médicos la consideren necesaria para la salud”, ROSSELL GRANADOS, J., “La mutilación genital femenina en España” en MOTILLA DE LA CALLE, A, *Los musulmanes en España: Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 233.

<sup>48</sup> Así, el muftí Ismaíl Berdiév, presidente del Centro Coordinador de los Musulmanes del Cáucaso Norte, suscitó gran controversia en Rusia al defender la ablación en una emisora de radio local, indicando que: “por lo que yo sé, eso se hace para aplacar la fogosidad femenina. No afecta de ninguna manera a la salud”. Véase, “Un clérigo musulmán revoluciona Rusia al defender la ablación”, en *Diario de Noticias*, 18 de agosto de 2016.

expuesto, resulta erróneo considerar que esta religión sea una razón que justifique la ablación. Debemos tener en cuenta que esta intervención resulta anterior al Islam, remontándose su origen al Antiguo Egipto<sup>49</sup> y no es habitual entre la mayoría de los musulmanes. Además, no se trata de una práctica que se lleve a cabo exclusivamente en comunidades islámicas, ya que persiste también entre los cristianos coptos, entre la comunidad judía de Etiopía (los denominados *falashas*) y entre diversas religiones animistas tradicionales<sup>50</sup>.

El papel subordinado que la mujer ha venido ocupando históricamente en la unidad familiar y la sociedad ha posibilitado que prácticas como la mutilación genital se realicen con total impunidad. Sin embargo, la creciente preocupación por parte de la comunidad internacional pro derechos humanos ha hecho necesaria la intervención del Derecho Internacional en un intento por erradicar definitivamente la ablación genital<sup>51</sup>. A continuación, expondremos las acciones principales llevadas a cabo a tal fin en el ámbito supranacional.

### **III. MARCO LEGAL INTERNACIONAL. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA Y LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

La problemática de la MGF se ha convertido en los últimos años en una preocupación que subyace las fronteras de los Estados en los que se realiza, ocasionando la respuesta de la comunidad internacional<sup>52</sup> a través de distintas

---

<http://www.noticiasdenavarra.com/2016/08/18/sociedad/estado/un-clerigo-musulman-revoluciona-rusia-al-defender-la-ablacion>.

<sup>49</sup> La infibulación era una práctica frecuente en el Antiguo Egipto, especialmente entre los miembros de la alta sociedad. Es por ello que este tipo de MGF es conocido también como “circuncisión faraónica”, ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1393.

<sup>50</sup> SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 28; GÓMEZ-LIMÓN AMADOR, M.T./ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, I.: *Las tradiciones que no aman a las mujeres*, Foca-Akal, Madrid, 2011, págs. 174-176.

<sup>51</sup> Efuá Dorkenoo, activista que lucha contra la mutilación genital, expresó que “la abolición de la práctica de la mutilación genital femenina va a exigir cambios fundamentales de actitud respecto al modo en que la sociedad percibe los derechos humanos de la mujer”, AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 49.

<sup>52</sup> El Secretario General de Naciones Unidas, BanKimoón, realizó un llamamiento a los medios de comunicación en el año 2014 para que alzasen la voz para poner fin “en esta generación” a la mutilación

organizaciones internacionales encaminadas por la ONU, que han tratado de erradicar esta práctica, por un lado, y de proteger a las víctimas y a las mujeres y niñas en riesgo de sufrir esta intervención, de otro<sup>53</sup>.

De este modo, la MGF es considerada en el ámbito internacional como un ataque intolerable contra los derechos de las niñas y mujeres<sup>54</sup> que acarrea la vulneración de numerosos derechos humanos salvaguardados por los ordenamientos supranacionales, tales como, el derecho a la integridad física, a la dignidad humana, a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, a la salud, a la sexualidad, a la maternidad, a la no discriminación, a la protección frente a la violencia física y mental e incluso, en ocasiones, el derecho a la vida<sup>55</sup>.

A continuación, haremos referencia a los instrumentos legales que componen la protección de los derechos humanos a nivel internacional así como las acciones principales llevadas a cabo por las organizaciones internacionales (en el marco de Naciones Unidas) para eliminar definitivamente la ablación genital femenina.

Posteriormente, analizaremos el tratamiento legal y jurídico de la MGF a nivel regional centrándonos en dos áreas concretas: en África y en la Unión Europea<sup>56</sup>.

## **1. Marco jurídico y normativo internacional.**

La MGF supone la introducción de una discriminación basada en el género en la sociedad al tener como finalidad la sumisión, la obediencia y el sometimiento de la

---

genital femenina. “Naciones Unidas pide alzar la voz contra la mutilación genital femenina” en *AMECOPRESS*, 4 de abril de 2014. <http://www.amecopress.net/spip.php?article11736>

<sup>53</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 4.

<sup>54</sup> Ha sido calificada por organizaciones y organismos internacionales, tales como, PACE, ACNUR, OMS, UNICEF, UNIFEM, UNESCO, ACNUDH, el PNUD y la UNECA, como una forma de tortura y trato inhumano o degradante, CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 2.

<sup>55</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, págs. 2180-2181; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 31.

<sup>56</sup> Considero indispensable incluir el marco legal de ambos territorios por motivos distintos: el continente africano por ser el territorio en el que se llevan a cabo la mayoría de los supuestos de MGF; y, la Unión Europea por una cuestión de cercanía al ser España uno de los Estados miembros de la misma.

mujer al hombre en el marco de una sociedad patriarcal<sup>57</sup>. En este sentido, la ablación se encuentra estrechamente relacionada con el papel que la mujer ocupa no sólo dentro de la familia y de la comunidad sino también dentro de la estructura política, social y económica de la sociedad en la que se realiza<sup>58</sup>.

Por este motivo, esta práctica colisiona claramente con el contenido del Derecho Internacional en tanto que todos los derechos fundamentales que se conculcan con la MGF se encuentran salvaguardados a nivel supranacional mediante instrumentos internacionales que proscriben la discriminación por razón de sexo y condenan todas las modalidades de violencia de género (entre las que se encuentra, la ablación genital)<sup>59</sup>.

La norma por excelencia en materia de derechos humanos, y por tanto, el fundamento último de la prohibición de la MGF se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>60</sup> por la que se consagra el principio de no discriminación. En efecto, este instrumento (tan fundamental en el Derecho Internacional) sostiene que *todos* los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>61</sup>; protege el derecho a la seguridad de las personas<sup>62</sup> y el derecho a no ser

---

<sup>57</sup> El ex presidente de Burkina Faso, Thomas Sankara manifestó que “[La escisión] constituye un intento de conferir un rango inferior a las mujeres al señalarlas con esta marca que las disminuye y que es un recordatorio constante de que sólo son mujeres, inferiores a los hombres, de que ni siquiera tienen ningún derecho sobre su propio cuerpo ni a realizarse física o espiritualmente... Así como podemos considerar la circuncisión masculina como una medida de higiene, sólo podemos concebir la escisión como una medida destinada a infundir en la mujer sentimientos de inferioridad”, AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 50.

<sup>58</sup> CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de Asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía de derecho*, núm. 17, 2008, pág. 2; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 33; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 50.

<sup>59</sup> CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de Asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía de derecho*, núm. 17, 2008, pág. 2.

<sup>60</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

<sup>61</sup> La DUDH establece entre sus considerandos que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)” y para ello, esta norma sostiene en su artículo 1 que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En relación con este precepto, el artículo 2 de la DUDH añade que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país

sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>63</sup>; e indica que *toda persona* puede invocar los derechos y libertades proclamadas por la Declaración, sin distinción alguna y, por tanto, sin distinción de sexo<sup>64</sup>.

En la misma línea se han pronunciado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966<sup>65</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>66</sup> de la misma fecha que el anterior, por los que se garantiza a mujeres y hombres el mismo título para gozar de este tipo de derechos.

No obstante, la interpretación que tradicionalmente se ha venido realizando de estos derechos no ha incluido la MGF entre las formas de violencia contra la mujer. Esta carencia ha sido consecuencia de la extendida creencia por parte de los Estados de que éstos no pueden responsabilizarse de la violación de derechos humanos que se cometa dentro del ámbito privado de los individuos, es decir, dentro del hogar o de la comunidad en la que residen. Ante esta situación, ha sido necesaria la aprobación de normativa más específica que tratara de forma más detallada los derechos contenidos en la Declaración<sup>67</sup>.

A continuación, pasaremos a analizar la normativa concreta en la que se fundamenta la prohibición de la MGF partiendo de este marco general. Para ello, analizaremos la normativa internacional contraria a la ablación genital en la medida en

---

independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

<sup>62</sup> Artículo 3 de la DUDH: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

<sup>63</sup> Artículo 5 de la DUDH: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>64</sup> Considerando segundo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>65</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1973. El artículo 2 del PIDCP sostiene en su apartado primero, que: “Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el artículo 3 refuerza el mandato contenido en el precepto anterior, estableciendo que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

<sup>66</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 30 de enero de 1976.

<sup>67</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 50.

que viola el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, el derecho a la salud y los derechos del niño.

### *1.1. La MGF y la prohibición de discriminación por razón de sexo.*

Para erradicar la discriminación por razón de sexo la ONU aprobó en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>68</sup>, que fue elaborada en Nueva York. La entrada en vigor de esta norma supuso un gran avance para la eliminación de las actuaciones discriminatorias en la medida en la que superó uno de los grandes obstáculos de la DUDH al poseer carácter vinculante para aquellos Estados que lo ratifiquen, convirtiéndose en el marco jurídico básico para erradicar las discriminaciones por razón de género<sup>69</sup>.

Este Convenio define por primera vez la “discriminación contra la mujer”<sup>70</sup> y contiene un listado detallado de las medidas que deben adoptarse para erradicar la discriminación por razón de sexo o género<sup>71</sup>. Todo ello encaminado a reafirmar a la mujer como sujeto de derechos equivalente al hombre, entendiéndose que posee derechos por su condición de persona, es decir, independientemente de su estado civil (casada, viuda, hija, madre...) y que puede ejercitar tanto en el ámbito público como en el privado<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 34/180 (A/RES/34/180), de 18 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y fue ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación el 16 de diciembre de 1983.

<sup>69</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 35.

<sup>70</sup> Artículo 1 de la CEFDM: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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”.

<sup>71</sup> BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pág. 31, entiende que a pesar de que la normativa internacional utilice la expresión “discriminación por razón de sexo” resulta más acertado hablar de “discriminación por razón de género” ya que el término “sexo” hace referencia a las características biológicas, mientras que la palabra “género” (masculino o femenino) alude a los papeles diferenciados, las oportunidades y las responsabilidades que la sociedad asigna a hombres y mujeres en virtud de condiciones culturales específicas y cuya variación con el paso de tiempo es posible.

<sup>72</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 36.

Para ello, en su artículo 5 contiene un mandato para los Estados Parte para que modifiquen los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar todos aquellos prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén fundados en la inferioridad o superioridad de los sexos<sup>73</sup>.

Por otro lado, en su artículo 17 la Convención prevé la creación de un órgano de vigilancia encargado de examinar los progresos realizados por ésta y de velar por su cumplimiento. Se trata del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>74</sup> de cuyo trabajo destacan varias Recomendaciones Generales relativas a la MGF y a su erradicación.

En primer lugar, la Recomendación General núm. 14<sup>75</sup> solicita a los Estados que adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la circuncisión femenina, como son, la introducción de estrategias adecuadas en el ámbito de la sanidad y la enseñanza. Además, solicita a los Estados que mantengan informado al Comité, mediante la elaboración de informes, de las medidas que están adoptando a tal fin<sup>76</sup>.

En segundo lugar, la Recomendación General núm. 19<sup>77</sup> señala en su apartado 11<sup>78</sup> que las actitudes tradicionales que asignan a la mujer un papel subordinado frente

---

<sup>73</sup> Artículo 5, apartado a), de la CEFDM: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

<sup>74</sup> Artículo 17, apartado 1, de la CEFDM: “Con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención, se establecerá un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (denominado en adelante el Comité) compuesto, en el momento de la entrada en vigor de la Convención, de dieciocho y, después de su ratificación o adhesión por el trigésimo quinto Estado Parte, de veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Parte entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sistemas jurídicos”.

<sup>75</sup> Publicada en 1990, en el noveno período de sesiones.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

<sup>76</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2181; SILVA CUESTA, A. “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 5; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infielculación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 50.

<sup>77</sup> Publicada en 1992, en el undécimo período de sesiones.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

al hombre conllevan la difusión de prácticas violentas contra la mujer, entre las que se encuentra, la MGF. En este sentido, el Comité considera que esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación de la mujer. Además, la Recomendación reconoce que la violencia contra la mujer priva a ésta no sólo de sus derechos civiles y políticos sino también de sus derechos económicos y sociales<sup>79</sup>.

Ante esta situación, el Comité recomienda a los Estados Parte (en su apartado 24) que adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir los actos públicos o privados de violencia por razones de sexo (letra a); que velen por que las leyes contra la violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad, proporcionando a las víctimas la protección y el apoyo apropiados (letra b); que incluyan en sus informes la índole y el alcance de las actitudes, costumbres y prácticas que perpetúan la violencia contra la mujer, y el tipo de violencia que engendran, e informen sobre las medidas que hayan tomado para superar la violencia y sobre los resultados obtenidos (letra e); que adopten medidas eficaces para superar estas actitudes y prácticas (letra f); y, finalmente, que tengan en cuenta las recomendaciones del Comité sobre la circuncisión femenina (en la Recomendación General núm. 14) al informar sobre cuestiones relativas a la salud (letra l).

Por último, mediante la Recomendación General núm. 24<sup>80</sup> el Comité considera necesario para proteger los derechos relativos a la salud de la mujer, que los Estados Parte adopten medidas dirigidas a impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e impongan sanciones a quienes cometan esas violaciones.

---

<sup>78</sup> Apartado 11 de la RG núm. 19: “Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo”.

<sup>79</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, págs. 50-51; SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 5.

<sup>80</sup> Publicada en 1999, en el vigésimo período de sesiones.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

En relación con esto, se recomienda a dichos Estados que promulguen y apliquen de forma eficaz leyes que proscriban la MGF<sup>81</sup>.

Las facultades del Comité serían ampliadas posteriormente mediante el Protocolo Facultativo de la Convención<sup>82</sup> por el que se prevén dos situaciones en las que el Comité podrá actuar: por un lado, cuando una vez agotadas todas las vías de impugnación previstas en el Derecho nacional, los individuos presenten denuncia ante el Comité por entender que el Gobierno ha violado uno o varios derechos del Convenio; y, por otro lado, de oficio cuando tenga conocimiento de algún abuso al que se haya sometido a las mujeres de algún Estado Parte del Protocolo<sup>83</sup>.

Con posterioridad se celebra en Viena la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 por la que se aprobó el 25 de junio de ese mismo año la Declaración y Programa de Acción de Viena, encaminada a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A través de esta Conferencia hubo que señalar de forma explícita lo que a simple vista debería resultar evidente, esto es, que los derechos humanos de las mujeres suponen una parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (previsto posteriormente en el apartado 18 de la Declaración de Viena).

Esta afirmación, junto con la obligación de los Estados de promover la observancia, el respeto universal y la protección de los derechos y libertades fundamentales de todos (hombres y mujeres) consolidó lo que en Derecho Internacional se conoce como “núcleo duro” de los derechos humanos, es decir, el conjunto de

---

<sup>81</sup> Apartado 15, subapartado d), de la RG núm. 24: “La obligación de proteger los derechos relativos a la salud de la mujer exige que los Estados Partes, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones. Puesto que la violencia por motivos de género es una cuestión relativa a la salud de importancia crítica para la mujer, los Estados Partes deben garantizar: (...) d) La promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíben la mutilación genital de la mujer y el matrimonio precoz”.

<sup>82</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999.

<sup>83</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 39.

normas de *ius cogens* de carácter vinculante u obligado cumplimiento para todos los Estados de la comunidad internacional<sup>84</sup>.

Por su parte, la Declaración de Viena<sup>85</sup> al hacer referencia a la situación de las mujeres y niñas en su apartado 18, establece como uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo. Además, señala claramente que la violencia contra la mujer, en particular aquella que deriva de prejuicios culturales, es incompatible con la dignidad y la valía de la persona humana y que por tanto, debe ser eliminada. Para ello, insta a los gobiernos, a las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a intensificar sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña.

A pesar del intento por parte de este instrumento de eliminar la situación de desequilibrio existente entre las mujeres y los hombres, este propósito no llegó a alcanzarse. Las mujeres seguían siendo discriminadas y violentadas en la comunidad internacional y sus derechos seguían estando limitados. Tratando de poner fin a esta realidad, la comunidad internacional aprueba ese mismo año la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer de 1993<sup>86</sup> por el que se refuerza y complementa el contenido del anteriormente mencionado CEFDM de 1979.

Esta Declaración constituye una novedad en el plano internacional al incluir una definición de “violencia contra la mujer” por la que se engloban todas aquellas violencias basadas en el género que se produzcan tanto en la vida pública como en la

---

<sup>84</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 37.

<sup>85</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

<sup>86</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 48/104 (A/RES/48/104), de 23 de febrero de 1994.

privada de la víctima (artículo 1)<sup>87</sup>, incluyendo expresamente la MGF dentro de su ámbito de aplicación (artículo 2)<sup>88</sup>.

Con su aprobación, la ONU pretende evitar que los Estados puedan exonerarse de su responsabilidad en la lucha contra este tipo de violencia alegando que ésta se ha producido dentro del ámbito doméstico o de la comunidad y por ende, fuera del ámbito de actuaciones del Estado<sup>89</sup>. En este sentido, la norma va un paso más allá obligando a los Estados a condenar la violencia contra la mujer en todas sus manifestaciones y, en relación con la MGF, les impide invocar cualquier costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir dicho deber (artículo 4)<sup>90</sup>.

Esta Declaración supone en la práctica el reconocimiento internacional de la acción de Gobierno, contemplando las medidas o acciones que los Estados pueden ejercitar para evitar, castigar o eliminar la violencia de género. Para ello, los poderes públicos tienen el deber de actuar con la debida diligencia a la hora de llevar a cabo una investigación y de imponer sanciones y de adoptar las medidas idóneas en aras de proteger a la víctima<sup>91</sup>.

Posteriormente se han celebrado varias conferencias internacionales en las que se continúa trabajando para la consecución de una igualdad real entre hombres y

---

<sup>87</sup> Artículo 1 de la DNUEVM: “A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

<sup>88</sup> Artículo 2 de la DNUEVM: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación”.

<sup>89</sup> NAREDO MOLERO, M. “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos” en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 1, 2004, págs. 194-195.

<sup>90</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 948; SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 6; MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2181.

<sup>91</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 51.

mujeres<sup>92</sup>. Entre ellas, destaca la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995 que tuvo lugar en Pekín por la que se aprueba la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín, en la que se recogen varias recomendaciones para los Gobiernos de los Estados con el fin de garantizar el disfrute real de los derechos por parte de las mujeres.

Para ello, la Declaración de Pekín recuerda a los Estados que están obligados a defender los derechos y la dignidad humana intrínseca de las mujeres y los hombres (Punto 8)<sup>93</sup> y reconoce que los derechos de la mujer son derechos humanos (Punto 14). Este compromiso fue analizado con posterioridad por la Conferencia de Nueva York de 2000<sup>94</sup>.

La comunidad internacional es consciente de que la violencia por razón de género no tiene cabida en una sociedad igualitaria y en consecuencia, condena de forma tajante la violencia contra la mujer, señalando que los Estados tienen el deber de adoptar medidas destinadas a erradicarla. Asimismo, se considera la MGF como una de sus manifestaciones más graves, tipificándola expresamente como un ejemplo de “violencia y prácticas nocivas” para la niñez (Punto 39)<sup>95</sup>.

Por su parte, la Plataforma de Acción enumera las medidas que los Gobiernos de los Estados deben adoptar para garantizar la igualdad real de hombre y mujeres, entre las que destacan, la obligación de revisar las leyes nacionales (incluidas las normas consuetudinarias); de revocar cualesquiera que discrimine por motivos de sexo y de

---

<sup>92</sup> La primera de ellas tuvo lugar en Nairobi en 1985 en el marco de la ONU y aprobó las Estrategias para el Adelanto de la Mujer hasta el año 2000. Este documento entiende que la violencia contra la mujer constituye uno de los principales obstáculos para el alcance de los objetivos de la ONU para la mujer: la igualdad, el desarrollo y la paz. En consecuencia, se pide a los Estados que adopten las medidas jurídicas pertinentes para eliminar la violencia contra la mujer, y que creen instrumentos nacionales para que se encarguen de abordar esta cuestión. ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, págs. 37-38.

<sup>93</sup> Párrafo 8: “Defender los derechos y la dignidad humana intrínseca de las mujeres y los hombres, todos los demás propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y la Declaración sobre el derecho al desarrollo”.

<sup>94</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2182; ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 39.

<sup>95</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 6.

eliminar el sesgo de género en la administración de justicia (apartado d) del Punto 232); y, la de derogar toda ley discriminatoria antes del 2005<sup>96</sup>.

### *1.2. La MGF y el derecho a la salud.*

La OMS ha manifestado en distintas ocasiones que la MGF repercute negativamente en la salud física, mental, sexual y reproductiva de las mujeres. Partiendo de esta declaración, la normativa internacional ha tratado de salvaguardar el derecho a la salud y de eliminar toda práctica que lo limite.

Así, el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y psíquica queda recogido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (anteriormente citado). En este sentido, su artículo 12 contiene una doble obligación para los Estados Parte: por un lado, el reconocimiento de este derecho de toda persona; y, por otro, la adopción de medidas destinadas a garantizar la plena efectividad de este derecho, entre las que destacan, las relativas a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños<sup>97</sup>.

En la misma línea se ha pronunciado el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de la ONU sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, en el que se plasman una serie de recomendaciones en torno a distintos objetivos y metas destinados a los Estados, entre los que se encuentra, la reducción de la mortalidad neonatal, infantil y materna.

No obstante, el concepto de salud utilizado hasta ese momento resultaba insuficiente para luchar contra la MGF. Debemos tener en cuenta que la ablación se realiza principalmente en comunidades en las que las mujeres no disponen de información sobre la salud reproductiva y sexual. Esta carencia, unida a las falsas creencias en torno a la peligrosidad del clítoris, al considerarlo perjudicial para el bebé

---

<sup>96</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, pág. 38.

<sup>97</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 52.  
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

durante el parto o del marido durante el coito, ha conllevado que la ablación se realice limitando su libertad sexual y reproductiva<sup>98</sup>.

Siendo consciente de ello, el Programa supone una novedad en la regulación del derecho a la salud en tanto que, no se limita a hablar de la salud en su modalidad física o psicológica, sino que contempla además su vertiente reproductiva y sexual, señalando que uno de los objetivos que persigue su aprobación es garantizar “el acceso universal a servicios de salud reproductiva, en particular de planificación de la familia y de salud sexual”<sup>99</sup>.

Unido a lo anterior, su Capítulo IV sostiene que para lograr un desarrollo sostenible en la población debemos partir de la existencia de relaciones de poder, tanto en el ámbito privado como en el público de la sociedad, que impiden a la mujer tener una vida sana y plena. En consecuencia, resulta necesaria la habilitación y la autonomía de la mujer y el mejoramiento de su condición política, social, económica y sanitaria, para poder favorecer su capacidad de adoptar decisiones a todos los niveles y en todas las esferas de su vida, especialmente en el terreno de la sexualidad y la reproducción<sup>100</sup>.

Para ello, la ONU recomienda a los Estados que adopten medidas destinadas a eliminar todas las prácticas que resulten perjudiciales para la mujer, ayudándole al reconocimiento y ejercicio sus derechos, incluyendo los referentes a la salud reproductiva y sexual<sup>101</sup>. La MGF se incluye entre estas prácticas<sup>102</sup>. En este sentido, la norma insta a los Estados a desarrollar programas eficaces de divulgación, educación y orientación acerca de sus efectos sobre la salud de las niñas y mujeres, así como tratamiento y la rehabilitación apropiados para las que hayan sufrido una mutilación<sup>103</sup>.

---

<sup>98</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, págs. 52-53.

<sup>99</sup> Capítulo I (Preámbulo), apartado 1.12.

[https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

<sup>100</sup> Capítulo IV (Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación para la mujer), apartado 4.1.

[https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

<sup>101</sup> Capítulo IV, apartado 4.4, letra c). [https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

<sup>102</sup> La lucha contra la MGF se prevé en los apartados 4.22, 5.5, 7.6, 7.35, 7.40, 12.13 del Programa de Acción. [https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

<sup>103</sup> Capítulo VII (Derechos reproductivos y salud reproductiva), Apartado 7.40 del Programa de Acción. [https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)

### 1.3. La MGF y los derechos del niño.

El hecho de que la ablación genital se practique mayoritariamente en bebés y niñas supone no sólo una violación del principio de no discriminación por razón de sexo o del derecho a la salud sino también un ataque frontal contra los derechos fundamentales de las niñas salvaguardados por normativa internacional.

En este contexto la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño<sup>104</sup> engloba el conjunto de normas y obligaciones elaborado en torno a la figura del niño que persigue la creación de una sociedad justa, respetuosa y pacífica<sup>105</sup>. Para conseguirlo, obliga a los Estados Parte a la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas que sean adecuadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo<sup>106</sup>. Asimismo, prevé el deber específico de los Gobiernos de los Estados de adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños<sup>107</sup>. De este modo, aunque no se tipifique expresamente, se considera que la norma pretende erradicar la MGF<sup>108</sup>.

En el mismo sentido se ha pronunciado UNICEF a través del Informe *Hoja de datos: Mutilación/escisión genital femenina* en el que establece que: “(...) en algunos casos las niñas prefieren someterse a la mutilación/escisión genital femenina que confrontar las consecuencias sociales que se derivan de no aceptar la tradición. En tales casos, proporcionar a las niñas los conocimientos sobre las alternativas puede servir

---

<sup>104</sup> Fue adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25 (A/RES/44/25), de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

<sup>105</sup> Esta regulación se apoya principalmente en cuatro pilares indiscutibles: el principio de no discriminación (artículo 2); la primacía del interés del niño (artículo 3); el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6); y el deber de respetar las opiniones del menor (artículo 12). <https://www.unicef.org/spanish/specialsession/rights/>

<sup>106</sup> Artículo 19.1 de la CDN.

<sup>107</sup> Artículo 24.3 de la CDN.

<sup>108</sup> ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003, págs. 39-40, considera extraño que la Convención no haga referencia a la prohibición de la MGF ni a la conculcación de derechos fundamentales de las niñas que ésta acarrea.

para habilitarlas a fin de que se protejan a ellas mismas y a sus hijos. También es preciso formar a los varones sobre las consecuencias negativas de la mutilación/escisión genital femenina sobre la salud genética de la niña y las consecuencias para la sociedad de la práctica de medidas discriminatorias”<sup>109</sup>.

En relación con esta obligación, el Comité de Derechos del Niño insta a los Estados a elaborar y realizar campañas de sensibilización, programas de educación y leyes encaminadas a cambiar las actitudes predominantes y a abordar las funciones y los estereotipos en relación con el género que inspiran las prácticas tradicionales perjudiciales. Además, recuerda a los Estados que deben facilitar el establecimiento de información multidisciplinaria y prestar asesoramiento a los centros respecto a los aspectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales, como son, los matrimonios precoces y la MGF<sup>110</sup>.

Por otro lado, la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convenciones<sup>111</sup> protege a los niños de las prácticas que amparándose en creencias religiosas o convicciones pongan en peligro su salud y desarrollo de su integridad (artículo 5)<sup>112</sup>.

Los mensajes de la normativa internacional celebrada mayoritariamente bajo los auspicios de la ONU pro derechos humanos de la mujer ha repercutido también en el ámbito regional ocasionando la creación de nuevos instrumentos jurídicos destinados a reforzar la lucha de la comunidad internacional contra la MGF.

## **2. Marco jurídico y normativo regional.**

A lo largo de este apartado haremos referencia a la regulación jurídica de la ablación genital en el ámbito regional en el que se origina su práctica (África) y a nivel

---

<sup>109</sup> <https://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>

<sup>110</sup> Observación General 4.<sup>a</sup> sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la convención sobre los derechos del niño, párrafo 24. <https://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

<sup>111</sup> Proclamada por la Asamblea General de la ONU por la Resolución 36/55 (A/RES/36/55), el 25 de noviembre de 1981.

<sup>112</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998, pág. 52; SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 7.

comunitario, en el que no siendo una tradición arraigada se ha comenzado a practicar como consecuencia de los flujos migratorios.

## 2.1. África.

La normativa internacional ha sido incorporada también en el continente africano. El marco legal para la eliminación de la MGF comienza a elaborarse en África a partir de la década de los ochenta constituyendo un avance fundamental en la lucha contra la ablación ya que es en este territorio donde se llevan a cabo la mayoría de las mutilaciones.

La primera norma destacable es la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981<sup>113</sup>, conocida como “Carta de Banjul”, en la que se señala que los Estados son responsables de asegurar la “eliminación de toda discriminación de la mujer y la protección de los derechos de la mujer y del niño”<sup>114</sup>.

En 1990 la Organización de la Unidad Africana aprueba la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, en vigor desde 1999, que contiene una regulación muy similar a la de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. No obstante, se considera que la Carta hace mayor referencia a la MGF al condenar cualquier práctica consuetudinaria o religiosa que atente contra los derechos del niño.

Así, su artículo 1 señala que cualquier costumbre, tradición, práctica religiosa o cultural que sea incompatible con los derechos del niño o con los deberes y obligaciones de los Estados Parte y de la comunidad internacional deberá ser rechazada. A pesar de que la norma no tipifique expresamente la MGF son muchas las voces que entienden que la ablación encaja dentro del citado precepto, al ser una práctica religiosa o consuetudinaria que pone en riesgo derechos de las niñas<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la OUA reunida en Nairobi (Kenya). En vigor desde el 21 de octubre de 1986.

<sup>114</sup> Artículo 18.3 de la Carta, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>; AGUIRREGOMEZKORTA IBALUZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 44. [http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf)

<sup>115</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 8.

En similar sentido se ha pronunciado el artículo 21 al contemplar que los Estados Parte deben adoptar todas las medidas apropiadas para erradicar las prácticas sociales y culturales que resulten perjudiciales para el bienestar, la dignidad, el desarrollo normal y el crecimiento del niño, entre las que destacan muy especialmente, aquellas que sean perjudiciales para la salud y la vida del niño; y, aquellas que sean discriminatorias para el niño por razones de sexo o de otra índole<sup>116</sup>, esto es, la MGF<sup>117</sup>.

Años más tarde, la Organización de la Unidad Africana aprueba la Declaración de Addis Abeba de 1998<sup>118</sup> sobre violencia contra la mujer, en la que la MGF es considerada como una manifestación de esta violencia<sup>119</sup>. Los Estados, los gobiernos y las poblaciones de África reafirman los compromisos adquiridos mediante la ratificación de normativa internacional y regional en su lucha por erradicar la violencia contra la mujer y especialmente, la MGF<sup>120</sup>, y se comprometen a adaptar las

---

<sup>116</sup> <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf?view=1>

<sup>117</sup> AGUIREGOMEZKORTA IBALUZZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 44.

[http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf); y, SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 8.

<sup>118</sup> Ese mismo año se aprueba la Declaración de Banjul sobre Violencia contra la Mujer del Comité Interafricano sobre las Prácticas Tradicionales y Comité de Gambia sobre las Prácticas Tradicionales que afectan a la salud de la Mujer y el Niño, en la que se condena la práctica de la MGF y la indebida justificación de su realización en motivos religiosos. Asimismo, se recoge el compromiso de los Estados de sancionar penalmente a las personas que practiquen la ablación amparándose en creencias religiosas y de proporcionar formación sobre esta materia a los líderes religiosos con la finalidad de erradicarla. AGUIREGOMEZKORTA IBALUZZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 44.

[http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf)

<sup>119</sup> En su Preámbulo se reconoce que “la violencia contra las mujeres es un asunto mundial de derechos humanos y de desarrollo que es generalizado, persistente e insidioso por naturaleza, que se manifiesta de varias maneras relacionadas entre sí como la mutilación genital femenina, las violaciones, la trata de personas, los casamientos forzados, los casamientos tempranos, o la violencia doméstica”.

<http://www.unwomen.org/es/news/stories/2013/1/addis-ababa-declaration-of-africa-ministerial-preparatory-meeting#sthash.CfnD2250.dpuf>

<sup>120</sup> En su Preámbulo se reafirman “los compromisos considerables asumidos por los Estados, los gobiernos y las poblaciones de África a través de la ratificación de estándares internacionales y de marcos regionales para poner fin a la violencia contra las mujeres, incluyendo la Plataforma de Acción de Beijing, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), las resoluciones 1325, 1820, 1880, 1890 del Consejo de Seguridad de la ONU, la resolución de la Asamblea General de la ONU sobre la intensificación de los esfuerzos por eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres, y la resolución de la Asamblea General (2012) prohibiendo la mutilación genital femenina”.

<http://www.unwomen.org/es/news/stories/2013/1/addis-ababa-declaration-of-africa-ministerial-preparatory-meeting#sthash.CfnD2250.dpuf>

necesidades locales y a implementar la resolución de la Asamblea General sobre la mutilación genital femenina de 2012 en los países donde persiste su práctica<sup>121</sup>.

Un año más tarde, en 1999, los Estados miembros de la UEMAO aprobaron la Declaración de Uagadugú que propugna la aplicación efectiva de la Declaración de Addis Abeba mediante la promulgación de normas nacionales que condenen la práctica de la MGF y la creación de un mecanismo de colaboración con los comités nacionales del Comité Interafricano sobre las Prácticas Tradicionales que Afectan a la Salud de la Mujer y el Niño, y los parlamentarios, juristas, medios de comunicación, fuerzas policiales y profesionales sanitarios<sup>122</sup>.

Posteriormente, en el año 2003, se aprueba el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, conocido como Protocolo de Maputo<sup>123</sup>. En él se sostiene la necesidad de promover la igualdad, la dignidad y los derechos de la mujer. Para ello, se exige a los Estados Parte, en su artículo 4<sup>124</sup>, que adopten todas las medidas multidisciplinarias necesarias (legislativas, administrativas, sociales y económicas) para garantizar la prevención, sanción y erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer. Y, a continuación, su artículo 5<sup>125</sup> añade que estos Estados deberán prohibir y eliminar todas las prácticas que resulten nocivas para los derechos humanos de la mujer, entre las que

---

<sup>121</sup> Párrafo 2.3 del apartado II denominado “En la respuesta”.

<http://www.unwomen.org/es/news/stories/2013/1/addis-ababa-declaration-of-africa-ministerial-preparatory-meeting#sthash.CfnD2250.dpuf>

<sup>122</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 8; y, AGUIRREGOMEZKORTA IBALUZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, págs. 44-45. [http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf).

<sup>123</sup> Adoptado por la OUA el 11 de julio de 2003, durante su segunda cumbre celebrada en Maputo (Mozambique), en vigor desde el 25 de noviembre de 2005.

<sup>124</sup> Artículo 4.2: “States Parties shall take appropriate and effective measures to: (...) b) adopt such other legislative, administrative, social and economic measures as may be necessary to ensure the prevention, punishment and eradication of all forms of violence against women”.

[http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol\\_on\\_the\\_rights\\_of\\_women.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol_on_the_rights_of_women.pdf)

<sup>125</sup> Artículo 5: “States Parties shall prohibit and condemn all forms of harmful practices which negatively affect the human rights of women and which are contrary to recognised international standards. States Parties shall take all necessary legislative and other measures to eliminate such practices, including: (...) b) prohibition, through legislative measures backed by sanctions, of all forms of female genital mutilation, scarification, medicalisation and para-medicalisation of female genital mutilation and all other practices in order to eradicate them”.

[http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol\\_on\\_the\\_rights\\_of\\_women.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol_on_the_rights_of_women.pdf)

incluye de manera explícita, la MGF y su “medicalización”, esto es, su práctica en hospitales por profesionales sanitarios<sup>126</sup>.

Ese mismo año, se aprueba también la Declaración de El Cairo para la Eliminación de la MGF en la que se reconoce que “la prevención y el abandono de la MGF sólo podrán lograrse mediante un enfoque integral que promueva el cambio de conducta”. A tal efecto, su párrafo primero recuerda a los Estados que las leyes contra la MGF deben integrarse en una legislación más amplia, es decir, incluyendo la igualdad de género, la protección frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y los niños, el derecho de la mujer a la salud reproductiva, y los derechos del niño<sup>127</sup>.

Más adelante, en el año 2005, los políticos y líderes religiosos de cerca de 50 Estados africanos se reunieron en la Primera Conferencia Islámica para la Infancia de Rabat aprobando la Declaración de Rabat. Esta norma declara como *anti-islámica* una serie de prácticas discriminatorias para las niñas, entre las que se encuentra, la MGF. Asimismo, pide a los Estados de confesión islámica que apliquen todas las medidas necesarias para poner fin a todas las formas de discriminación que afectan a las niñas así como a las prácticas tradicionales consideradas nocivas para éstas, entre las que destaca la MGF o el matrimonio forzoso<sup>128</sup>.

Posteriormente, la Unión Africana aprobó la Carta Africana de la Juventud en el año 2006, en la que atendiendo a los derechos reconocidos a los niños en la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, consagra el deber de los Estados de velar por el bienestar de los menores, debiendo erradicar de sus territorios cualquier práctica social

---

<sup>126</sup> AGUIREGOMEZKORTA IBALUZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 45.

[http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf); MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2182.

<sup>127</sup> AGUIREGOMEZKORTA IBALUZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 45.

[http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf).

<sup>128</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2182.

o cultural que sea perjudicial para la dignidad y los derechos de los niños. La MGF se incluye dentro de este ámbito<sup>129</sup>.

Como consecuencia de todo ello, la MGF ha sido prohibida por el ordenamiento jurídico interno de muchos Estados africanos, como por ejemplo, Burkina Faso, Costa de Marfil, Egipto<sup>130</sup>, Ghana, Guinea-Conakry, Kenia, Níger, República Centroafricana, Senegal, Sudán, Tanzania, Togo o Yibuti<sup>131</sup>. Sin embargo, las medidas adoptadas en torno a la ablación han resultado insuficientes ya que a pesar de la prohibición, las mujeres residentes en dichos territorios siguen siendo sometidas a esta práctica. Además, existen en la actualidad cerca de 29 países en África en los que la MGF ni siquiera se sanciona.

Finalmente cabe indicar que recientemente (en el año 2016) han tenido lugar unas conversaciones en las que han participado el Grupo de Trabajo para la Mujer del Parlamento Panafricano y los representantes del UNFPA en Johannesburgo (Sudáfrica). Como resultado, el Parlamento Panafricano (órgano legislativo de la Unión Africana) mediante su correspondiente Plan de Acción, ha aprobado la prohibición de practicar la MGF en sus 50 Estados miembros<sup>132</sup>.

## 2.2. Unión Europea.

En el ámbito de la Unión Europea la ablación no constituye ni una práctica tradicional ni una práctica consuetudinaria. No obstante, a raíz de los flujos migratorios procedentes de lugares en los que se practica la MGF, los Estados receptores de la Unión Europea se han visto obligados a tomar medidas para eliminar esta práctica, en

---

<sup>129</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, págs. 8-9.

<sup>130</sup> En el año 2016 el Gobierno egipcio tipifica el delito de MGF como delito grave, estableciendo una pena de prisión de entre cinco y siete años para quienes realicen la intervención, ya sean médicos o familiares de la víctima. La pena puede llegar a alcanzar los quince años de privación de libertad cuando la ablación ocasione una incapacidad permanente o la muerte de la mujer. Visto en “Egipto endurece las penas por mutilación genital femenina”, en *El Mundo*, 28 de agosto de 2016. <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/28/57c32493ca4741f9108b4570.html>

<sup>131</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2182.

<sup>132</sup> “El Parlamento Panafricano aprueba la prohibición de la mutilación genital femenina en sus 50 estados miembro”, en *Diario Público*, 8 de agosto de 2016. <http://www.publico.es/sociedad/parlamento-panafricano-aprueba-prohibicion-mutilacion.html>

vista de que numerosos grupos inmigrantes trataban de realizar mutilaciones genitales dentro de su territorio.

En origen de la lucha europea contra la ablación se remonta a 1998, fecha en la que se celebra la Primera Conferencia sobre Mutilación Genital Femenina organizada por la Unión Europea en Goteborg (Suecia). El objetivo principal que perseguía era informar a los Estados Miembros de la problemática de la MGF de forma que éstos pudieran ejercitar acciones destinadas a solucionar esta situación<sup>133</sup>.

Asimismo, el Consejo de Europa ha participado activamente para concienciar a los Estados Miembros y a sus ciudadanos sobre las graves consecuencias que la MGF genera en mujeres y niñas y que, bajo su punto de vista, no cabe justificar en motivos culturales o religiosos. De este modo, condena tajantemente su realización e insta a los Estados a realizar campañas de información y de prevención, y a formar a los profesionales sanitarios para que detecten y denuncien cualquier caso de ablación. En este sentido se han pronunciado, entre otras, la Resolución 1247 (2001) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de mayo de 2001, sobre la MGF y la Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2002, sobre la protección de la mujer contra la violencia<sup>134</sup>.

De este modo, la Unión Europea entiende que para que esta práctica desaparezca no basta con prohibirla, sino que se requiere además adoptar medidas multidisciplinarias que garanticen la protección de los derechos de la mujer desde todos los ámbitos de la sociedad.

En la misma línea se han pronunciado el Parlamento Europeo en sus resoluciones, lamentándose de la práctica de la MGF entre los inmigrantes residentes en los Estados Miembros y solicitando a esos países que prohíban la ablación mediante su

---

<sup>133</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2183.

<sup>134</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2182.

legislación nacional, y que conciencien a la sociedad sobre las graves consecuencias que la ablación genital acarrea. Entre ellas destacan<sup>135</sup>:

- La Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre Agresiones a la Mujer, en la que el órgano legislativo comunitario se lamenta de la práctica de la MGF entre los inmigrantes residentes en los Estados Miembros y solicita a esos países que prohíban la ablación en su legislación nacional (artículo 47)<sup>136</sup>.
- La Resolución del Parlamento Europeo de 10 de julio de 1997 sobre la Mutilación Genital Femenina en Egipto, en la que apoya al Gobierno Egipcio en su decisión de prohibir la ablación, mostrándose disconforme con la decisión del Tribunal Administrativo del Cairo por la que se anula la orden ministerial de 1996 en la que se establecía la proscripción de practicar la MGF en hospitales públicos.
- La Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2001 sobre las Mujeres y el Fundamentalismo, en la que se recuerda que la MGF supone una violación de los derechos fundamentales de la mujer.
- La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, sobre mutilaciones genitales femeninas, en la que se sostiene que la MGF constituye una modalidad de violencia contra la mujer que acarrea además la violación de sus derechos humanos<sup>137</sup> y en consecuencia, solicita a los

---

<sup>135</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 10; MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2183.

<sup>136</sup> Artículo 47 del apartado “Mujeres pertenecientes a minorías”: “Lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica”.

<http://www.victimas.org/html/legislacion/parlamentoeuropeo.pdf>

<sup>137</sup> Considerando F: “Cualquier mutilación genital femenina, en cualquier grado, constituye un acto de violencia contra la mujer que supone una violación de sus derechos fundamentales, concretamente el derecho a la integridad personal y física y a la salud mental, así como de sus derechos sexuales y reproductivos, y que dicha violación en ningún caso puede justificarse por el respeto a tradiciones culturales de diversa índole o por ceremonias iniciáticas”.

Estados Miembros en su apartado 11<sup>138</sup> que tipifiquen como delito la ablación y que adopten todas las medidas administrativas, preventivas e informativas necesarias para eliminarla.

- La Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006 sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones, en la que se pronuncia sobre la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 22 de abril de 2004<sup>139</sup>, entendiéndose que pese a que no se incluya la MGF expresamente en su contenido, ésta debe considerarse incluida dentro de la violencia sexual<sup>140</sup>.
- Y, por último, la Resolución del Parlamento Europeo 2008/2071, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la Mutilación Genital Femenina practicada en la Unión Europea, en la que se solicita al Consejo de Europa, en la que partiendo de la exigencia de tipificar la MGF como delito contenida en la Resolución anterior, piden a los Estados Miembros que

---

<sup>138</sup> El apartado 11 pide a los Estados miembros que: “consideren como delito cualquier mutilación genital femenina, (...); - persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de mutilación genital femenina, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (...); (...) - adopten normas administrativas relativas a los centros de salud y a las profesiones médicas, a los centros educativos y a los asistentes sociales, así como códigos de conducta, ordenanzas y códigos deontológicos para que los profesionales de la salud, los agentes sociales, los maestros y profesores y los educadores denuncien los casos cometidos de que tengan constancia (...); - pongan en marcha una estrategia preventiva de acción social dirigida a la protección de las menores que no estigmatice a las comunidades inmigrantes, por medio de programas públicos y servicios sociales dirigidos tanto a prevenir (...) estas prácticas como a asistir a las víctimas que las han sufrido (...); - difundan una información precisa y comprensible para una población no alfabetizada, (...) con el fin de que las familias comprendan que la prohibición del acto tradicional no se concibe en modo alguno como una agresión cultural, sino que constituye una protección jurídica de las mujeres y las niñas (...); - elaboren guías y directrices para los profesionales de la salud, educadores y asistentes sociales con el objetivo de informar e instruir a los padres y las madres (...) acerca de los enormes riesgos de las mutilaciones genitales femeninas y del hecho de que tales prácticas constituyen un delito en los países de la Unión Europea (...)”. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES>

<sup>139</sup> La Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 22 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, establece en el apartado a) de su artículo 9 como acto de persecución los “actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual”. Por su parte, su artículo 10 añade que “1. Al valorar los motivos de persecución, los Estados miembros tendrán en cuenta los siguientes elementos: (...) Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona”. <https://www.boe.es/doue/2004/304/L00012-00023.pdf>

<sup>140</sup> CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2008, núm. 17, pág. 3; MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2183.

apliquen las leyes nacionales penales y sancionen a aquellos sujetos que lleven a cabo la ablación, y que contribuyan a su prevención<sup>141</sup>.

Como se deduce de lo anteriormente expuesto no sólo la Unión Europea (como organización internacional) ha asumido el esfuerzo por erradicar la MGF sino que también lo han hecho los Estados que forman parte de ella, como es el caso de Suecia, Reino Unido (miembro de la UE hasta el año 2016), Bélgica, Dinamarca, Italia y, como analizaremos a continuación, España<sup>142</sup>. Sin embargo, otros países europeos como Alemania, Finlandia, Grecia, Holanda, Francia, Suiza, Irlanda, Luxemburgo o Portugal no cuentan con una tipificación autónoma de esta conducta delictiva<sup>143</sup>.

Una vez analizadas la regulación internacional de la mutilación genital femenina, pasaremos a analizar los diversos medios que se han empleado en el Ordenamiento Jurídico español con el fin de eliminar esta práctica.

#### **IV. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**

España no ha permanecido al margen de la nueva realidad social y cultural que ha generado la acogida de grupos inmigrantes que acudían a nuestro territorio con la intención de preservar su cultura y sus tradiciones en su nueva residencia. Sin embargo, muchas de estas prácticas, consentidas en su lugar de origen dentro de un contexto social, no han sido aceptadas en nuestro ordenamiento jurídico por entender que ponían en riesgo bienes jurídicos salvaguardados por la normativa española. Ejemplo de ello, es la MGF.

---

<sup>141</sup> Apartado 20: “Pide a los Estados miembros que: apliquen las leyes vigentes en materia de MGF, o que impongan penas que sancionen las graves lesiones corporales resultantes, si estas prácticas se han realizado en la UE, y que contribuyan a prevenir y combatir el fenómeno promoviendo el correcto conocimiento del mismo entre los profesionales interesados (incluidos trabajadores sociales, maestros, miembros de las fuerzas policiales, profesionales de la salud, etc.), con el fin de que puedan detectar estos casos, y que hagan todo lo que esté en sus manos para lograr el mayor grado posible de armonización entre las leyes vigentes en los 27 Estados miembros”.

<sup>142</sup> MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2183. SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, págs. 12-14.

<sup>143</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 11.

De este modo, España siguiendo las recomendaciones internacionales ha tratado de perseguir la práctica de la ablación, consciente de que ésta supone una modalidad de violencia de género y un ataque contra la dignidad de la persona (prevista en el artículo 10 de la CE).

Para ello, ha adoptado una serie de medidas legislativas, entre las que destacan, la tipificación expresa del delito de mutilación genital, la modificación de la LOPJ en relación con el principio de justicia universal y el reconocimiento de asilo para aquellas mujeres que sean perseguidas por razón de género. A continuación, haremos referencia a cada una de estas medidas.

## **1. El delito de mutilación genital en el CP.**

### *1.1. La necesidad de introducir un tipo penal expreso en el CP.*

En la actualidad, la mutilación genital constituye en España un delito cualificado de lesiones que se recoge de forma autónoma por el artículo 149.2 del CP, situándose por tanto, dentro del Título III del Libro II del mismo cuerpo legal, relativo a las lesiones. Sin embargo, esta inclusión no supone en la práctica una gran novedad en materia punitiva, en tanto que las mutilaciones genitales también se castigaban con anterioridad a la reforma del año 2003 como un delito de lesiones (de los artículos 147 y ss del CP), al considerarse como un ataque contra la integridad física y mental de las personas<sup>144</sup> (cuestión a la que me referiré más adelante).

No obstante, ante los llamamientos de los organismos internacionales y regionales, y tras formar parte de diversas Declaraciones y Convenios contrarios a la ablación de clítoris, en España comenzó a reclamarse por parte de la sociedad<sup>145</sup> y del Parlamento<sup>146</sup>, la creación de un tipo penal específico de mutilación genital.

---

<sup>144</sup> ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1396, defiende que estas prácticas se encuentran recogidas dentro del anterior artículo 149 del CP. En el mismo sentido, DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L., “Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 109.

<sup>145</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 541, señala que la necesidad de tipificar expresamente este delito fue defendida el sociólogo Amando de Miguel en el

Para ello, nace la Proposición de Ley 124/000003, de 23 de julio de 2001, remitida por el Senado sobre la Reforma del artículo 149 de la LO 1/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina. En su Preámbulo, la norma hace referencia a aquellas voces que consideraban que la MGF debía estar expresamente contenida en el CP en aras de reforzar la seguridad jurídica frente a eventuales interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales sobre el concepto de “órgano o miembro principal”<sup>147</sup>. Además, se recogen los motivos que justifican esta introducción<sup>148</sup>. En este sentido, se presenta la introducción de un apartado 2 del artículo 149 del CP en el que se establece que: “En todo caso se considerará comprendida en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones”<sup>149</sup>.

Posteriormente, el legislador aprueba 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 su Exposición de Motivos, la norma defendía la necesidad de introducir un tipo penal específico de MGF ante la persistencia de “prácticas

---

periódico digital “Crónica social”, asegurando que la MGF es una conducta delictiva “que la ley no quiere especificar y tiene que hacerlo”.

<sup>146</sup> Deben destacarse dos iniciativas legislativas anteriores a la LO 11/2003: por un lado, la Proposición de Ley 122/000131, de 25 de mayo de 2011, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, en cuya Exposición de Motivos se establecía que era necesario modificar el artículo 149 del CP “con el objetivo de penalizar claramente la mutilación genital ritual”; y, por otro lado, la Proposición de Ley 622/000012, de 1 de junio de 2001, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista contemplaba una modificación del texto del artículo 149 del CP, añadiéndose un apartado segundo en el que se indicara que: “en todo caso se considerará comprendido en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones”. TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 950.

<sup>147</sup> Preámbulo de la Proposición de Ley: “Existe (...) consenso científico en incluir dentro de este precepto los supuestos de mutilación genital femenina, al considerar que semejantes prácticas 'provocan la inutilidad de un órgano o miembro principal'. Pero también es cierto que desde diversos ámbitos se viene sosteniendo, y parece razonable, que se incrementaría la seguridad jurídica frente a posibles interpretaciones dispares de los tribunales si se recogiera de manera expresa la tipificación de estas prácticas”.

<sup>148</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 15, señala que son seis los motivos que impulsan esta medida: 1. La MGF constituye un crimen colectivo. 134 millones de mujeres han sido mutiladas según los expertos, se practica de forma legal en 25 países y en otros 40 se tolera; 2. La brutalidad de los métodos empleados conllevan consecuencias gravísimas para la víctima; 3. El aumento de las corrientes migratorias ha acrecentado la proximidad de las prácticas y la sensibilidad ciudadana frente a ellas; 4. Se han producido diversas iniciativas parlamentarias; 5. La Proposición no de Ley de CIU solicitó un profundo estudio y análisis de la legislación española, y si es necesario, su modificación para que esta práctica sea perseguida penalmente allá donde se produzca; y finalmente, 6. La proposición legislativa afecta al artículo 149 del CP.

<sup>149</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 541.

contrarias a nuestro ordenamiento jurídico”, como es la ablación genital que sufren mujeres y niñas, que “debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”<sup>150</sup>. Esta norma crea un nuevo delito en su artículo único relativo a la MGF, que queda tipificado en el apartado 2 del artículo 149 del CP de la siguiente manera:

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

De esta manera, este instrumento trata de dar respuesta a aquellos que defendían la necesidad de tipificar expresamente el delito, bien porque consideran que existía una laguna de punibilidad<sup>151</sup>, o bien porque entendían que con ello se reforzaría la seguridad jurídica y se superaría el temor a una eventual interpretación judicial que excluyera la MGF del artículo 149 del CP<sup>152</sup>. Bajo mi punto de vista, ambas posturas doctrinales deben ser rechazadas.

Por un lado, en relación con la laguna de punibilidad cabe indicar que como hemos manifestado al comienzo de este apartado, la mutilación genital era perfectamente punible con anterioridad a la reforma en el CP como un delito de lesiones. Por tanto, esta afirmación debe considerarse errónea desde el punto de vista jurídico<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> ROSSELL GRANADOS, J., “La mutilación genital femenina en España” en MOTILLA DE LA CALLE, A. *Los musulmanes en España: Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, págs. 240-241.

<sup>151</sup> El Ministro de Justicia, el señor Michavila Nuñez, en su defensa por el Proyecto de Ley presumía de que la Propuesta de su Gobierno incriminaría por primera vez “una práctica no sólo machista, humillante y aberrante, es una práctica absolutamente inhumana que no encuentra reflejo en nuestro Código Penal, (...) así lo dice el Consejo General del Poder Judicial y (...) la reiterada jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo. En este momento, esa práctica aberrante e inhumana queda impune en nuestro Código Penal”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 2003, VII Legislatura, núm. 245, de 10 de abril de 2003, pág. 12546. TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 951; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 542.

<sup>152</sup> Postura defendida por ROPERÓ CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1398.

<sup>153</sup> En el mismo sentido, LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 84; DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L.,

Por otro lado, entiendo que la razón más relevante para sostener la tipificación de la MGF está ligada a la seguridad jurídica. En este sentido, es cierto que no existe ningún pronunciamiento jurisprudencial que recoja la definición concreta de “órgano o miembro principal”, que nos ayude a determinar si el clítoris y los labios menores tienen consideración como tal<sup>154</sup>. También debemos poner de relieve que se trata de una cuestión valorativa y normativa sobre la que no existe un posicionamiento unánime por parte de la doctrina. Ahora bien, hay muchos argumentos que posibilitan la consideración del clítoris como órgano principal: el criterio de la calidad de vida<sup>155</sup>, la aplicación de la analogía con respecto al pene<sup>156</sup>, o atendiendo al artículo 418 del anterior CP<sup>157</sup>.

---

“Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 113; QUINTERO OLIVARES, G.: *A dónde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 16; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 543.

<sup>154</sup> Algunas corrientes doctrinales han hecho referencia a las dificultades que esta situación puede presentar. Así, ARROYO DE LAS HERAS, A./ MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 108 advierte en relación al clítoris que “para la mujer occidental puede indudablemente ser considerado como miembro u órgano principal, no merecerá en ocasiones, tal categoría en sociedades en cuyo contexto cultural no haya alcanzado el goce de la sexualidad la importancia que hoy se le reconoce en la nuestra como manifestación del libre desarrollo de la sexualidad”; y, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 544.

<sup>155</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Título III. De las lesiones” en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 391, entiende que la gravedad de la lesión se concreta partiendo de grado de afección a la calidad de vida del sujeto pasivo (en relación con los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad) y atendiendo a sus circunstancias personales y a los instrumentos disponibles para neutralizar o atenuar sustancialmente la irregularidad orgánica que presenta. En este sentido, la MGF encaja en el artículo 149 del CP al repercutir negativamente en la calidad de vida física (vistas las consecuencias y secuelas que entraña) y sexual, y limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad e indemnidad sexual de la mujer. Esta interpretación ha sido defendida por JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 545-547.

<sup>156</sup> De este modo, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 544, considera que la MGF lleva aparejada la pérdida o inutilidad de un órgano principal, al ocasionar un menoscabo o disminución de la sustancia corporal de una parte diferenciada del organismo y su ineficacia para desempeñar la función que le corresponde, es decir, proporcionar placer sexual a la mujer.

<sup>157</sup> Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Cap. IV, De las lesiones. Artículo 418: “El que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, será castigado con la pena de reclusión menor”. Partiendo de esta norma, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la

No obstante, considero que esta clasificación no ostenta en realidad tanta trascendencia como algunos autores piensan, ya que la MGF podría castigarse por el antiguo artículo 149 del CP incluso aunque los órganos genitales de la mujer no se consideraran “principales” porque teniendo en cuenta las graves consecuencias psicológicas que la ablación acarrea para la salud de la mujer, puede defenderse la existencia de una “enfermedad somática o psíquica”. Además, también cabría defender “impotencia” en aquellos casos en los que la mujer se vea incapacitada para realizar el coito por medios naturales, entendiéndose este concepto de forma extensiva, alcanzando aquellas afecciones que recaen sobre el libre desarrollo y el ejercicio de la sexualidad<sup>158</sup>. O incluso, “esterilidad” dado que la MGF frecuentemente ocasiona un desarrollo anormal durante el embarazo o incluso en el parto. Por último, la MGF podría encajar dentro de “deformidad grave” al afectar al libre desarrollo de la sexualidad de la mujer<sup>159</sup>.

Por todo ello, se ha considerado la introducción del apartado 2 del artículo 149 del CP como una medida propia del Derecho Penal simbólico<sup>160</sup>. Personalmente, entiendo que la nueva regulación puede ser positiva al disipar toda duda existente sobre el carácter principal de los “órganos principales”<sup>161</sup>. Sin embargo, esta norma también presenta numerosas deficiencias, que pasaremos a analizar a continuación.

---

mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 545, señala que la MGF equivale a la pérdida de un miembro u órgano, ya que así lo entendió en su día el legislador español al tipificar en los artículos 418 y ss del anterior CP el delito de lesiones castigando a quien “de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal”.

<sup>158</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Título III. De las lesiones” en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ GRACIA MARTÍN, L.: *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 397.

<sup>159</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 545-547.

<sup>160</sup> De este modo, LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 83, evidencia que la enmienda núm. 39 del Grupo Mixto propuso la supresión de la tipificación expresa de la MGF por entender que ésta “cumple una función meramente simbólica sin ninguna eficacia práctica, puesto que el delito ya está castigado y con la misma pena” BOCG. Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 13 de mayo de 2003, núm. 136-8. En el mismo sentido lo han entendido, QUINTERO OLIVARES, G.: *A dónde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 16; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 543.

<sup>161</sup> DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L., “Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 114.

## 1.2. Análisis del tipo penal.

### 1.2.1. Bien jurídico.

El delito de mutilación genital protege el mismo bien jurídico que en el resto de delitos de lesiones, esto es, la integridad corporal y la salud física y psíquica del individuo, sumamente relevante para el disfrute de un desarrollo normalizado en la sociedad<sup>162</sup>.

Ello queda evidenciado atendiendo a las consecuencias físicas y psicológicas que ocasiona durante su realización y a largo plazo (expuestas al comienzo de este estudio), y que impiden a la mujer gozar de una vida normalizada. En este sentido, la protección del Derecho debe dar respuesta a todo el menoscabo que el delito ocasiona a la mujer, sin utilizar un concepto de salud estricto, sino entendiendo que éste comprende también la dignidad humana (artículo 10 de la CE), estrechamente vinculada a su vez con la integridad corporal, en la medida en la que se pone en conexión con el artículo 15 de la CE, en el que se contiene el derecho a la integridad física y moral y la proscripción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes<sup>163</sup>.

Así pues, la dignidad debe entenderse como aquella cualidad que ostenta el ser humano (hombre y mujer) por el mero hecho de serlo, y que se traduce en el reconocimiento de que todos los individuos son libres e iguales en derechos y libertades. Esto debe entenderse como una garantía de la propia personalidad y de la libertad moral de toda persona que tanto los textos más elementales del Derecho

---

<sup>162</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial. 18.º edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 92 y 99; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 573. Otros en cambio consideran que la integridad física queda comprendida dentro de la salud. En este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pág. 24; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Las lesiones” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal español: Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 141-142; MARTÍNEZ RUIZ, J., “Título III, De las lesiones. Artículos 147.1.º, 147.2.º, 148, 149, 150 y 151” en COBO DEL ROSAL, M.: *Comentarios al Código Penal. Volumen 5*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 355.

<sup>163</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J., “Las lesiones” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho Penal español: Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 142; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 952, excluyen de este ámbito aquellos supuestos en los que se produzca una pérdida de sustancia corporal por profesionales sanitarios a fin de proteger la salud del individuo.

Internacional como la propia CE protegen<sup>164</sup>.

### 1.2.2. Conducta típica.

El artículo 149.2 del CP castiga a quien cause a otro “una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”. En palabras del DRAE “mutilar” hace referencia a la acción de “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y particularmente del cuerpo viviente”<sup>165</sup>, mientras que el término “genital” se refiere a “los órganos sexuales externos”<sup>166</sup>. Así, la acción típica consistirá en cortar o cercenar en total o en parte los órganos sexuales externos de un tercero<sup>167</sup>.

Atendiendo a esta redacción tan amplia, el legislador español no limita para la aplicación de este delito a aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea mujer<sup>168</sup> manteniendo de este modo la redacción inicial de su Anteproyecto<sup>169</sup>. En consecuencia, en virtud de una interpretación literal del precepto podría sancionarse penalmente tanto las modalidades de MGF (clitoridectomía, escisión e infibulación)<sup>170</sup> como aquellas que

---

<sup>164</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 953.

<sup>165</sup> Primera acepción. <http://dle.rae.es/?id=QAK0nIr>

<sup>166</sup> Segunda acepción. <http://dle.rae.es/?id=J4uJW4q>

<sup>167</sup> JERICÓ OJER, L., “A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio)” en *Diario La Ley*, núm. 8206, 2013, pág. 3; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 953-954.

<sup>168</sup> Esta especificación sí se contiene en el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el texto de Anteproyecto, que discrepando con la equiparación de la MG masculina y femenina, propuso sustituir la redacción inicial por “el que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris”, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 957. También en el Proyecto de Ley 121/000136 que castigaba al que “causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”. SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 30; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 548; LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 77; Díez Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L., “Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 107.

<sup>169</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 950.

<sup>170</sup> Sobre las distintas clases de MGF, nos remitimos a lo expuesto al comienzo del presente estudio.

recaigan sobre el hombre (siendo el caso más común, la circuncisión)<sup>171</sup>. Sin embargo, esta equiparación no debe prosperar.

Por un lado, una interpretación gramatical del artículo 149.2 del CP evidencia que la pena prevista en ese precepto es idéntica a la contemplada en el apartado primero del mismo, de seis a doce años de prisión. Por tanto, las conductas castigadas por el delito de mutilación deben ser aquellas que puedan equipararse por su gravedad y resultado a las previstas en el artículo 149.1 del CP<sup>172</sup>. Así pues, sería ilógico tipificar dentro de este delito la acción de “cortar circularmente una porción del prepucio”<sup>173</sup>, máxime teniendo en cuenta que ésta ni siquiera podría encajarse dentro del artículo 149.1 del CP al no provocar ni pérdida o inutilidad del pene, ni impotencia, ni esterilidad, ni una deformidad grave, ni una enfermedad somática o psíquica grave<sup>174</sup>. Se trata, en última instancia, de salvaguardar el principio de proporcionalidad que opera en el ámbito penal entre el hecho delictivo y la sanción tipificada<sup>175</sup>.

De este modo, en la práctica debemos entender que comprenden el tipo penal, las mutilaciones genitales femeninas, pero únicamente aquellas que supongan una lesión de una magnitud equiparable al tipo superagravado de lesiones previsto en el apartado

---

<sup>171</sup> Sin perjuicio de que existan en total cuatro modalidades que oscilan desde el corte (total o parcial) del prepucio hasta la apertura de la uretra, ADAM MUÑOZ, M.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pág. 1490.

<sup>172</sup> Artículo 149.1 del 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”.

<sup>173</sup> Definición de “circuncisión” proporcionada por el DRAE. <http://dle.rae.es/?id=9JvIPFJ> (Primera acepción).

<sup>174</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 549-550; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 955. Es más, como bien señalan ADAM MUÑOZ, M.D.: “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pág. 1485, se trata de una intervención voluntaria y terapéutica que sirve para corregir defectos orgánicos que pudieran limitar la capacidad sexual del hombre (como es, la fimosis).

<sup>175</sup> LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 82; JERICÓ OJER, L., “A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio)” en *Diario La Ley*, núm. 8206, 2013, pág. 3.

primero<sup>176</sup>. Esta inclusión deberá analizarse caso por caso, pero a priori, las tres grandes clases de MGF encajarían dentro de este precepto, vista la brutalidad de su práctica y las consecuencias físicas y psicológicas que acarrea para la mujer, así como los efectos que origina en la actividad sexual y en el momento del parto<sup>177</sup>.

Por otro lado, una interpretación teleológica de la norma nos llevaría a la misma conclusión<sup>178</sup>, teniendo en cuenta que la finalidad que persigue el legislador a la hora de tipificar de forma autónoma este delito no es otra que tratar de erradicar la MGF entendida como una forma de violencia contra la mujer. Prueba de ello es que la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003, menciona expresamente la mutilación genital femenina, indicando que la finalidad de la modificación del CP es “combatir la mutilación genital que padecen las mujeres y niñas y protegerlas de futuras agresiones o vejaciones”. Este objetivo queda evidenciado también atendiendo a la reforma de la LOPJ del año 2005, a través de la LO 3/2005, de 8 de julio (que posteriormente analizaremos) por la que se amplía la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles para que persigan la mutilación genital femenina<sup>179</sup>.

Por consiguiente, no toda modalidad de mutilación genital va a constituir un delito del artículo 149.2 del CP. Bajo mi punto de vista, esta labor interpretativa que nos vemos obligados a realizar por el contenido tan amplio e indeterminado que posee este precepto, podría haberse evitado si el legislador hubiese concretado de manera más efectiva las conductas que persigue el tipo, tal y como solicitaron en su día el Grupo

---

<sup>176</sup> De este modo, la modalidad IV reconocida por la OMS quedaría excluida de este ámbito al no tener un resultado lo suficientemente lesivo como para poder ser castigado por este precepto (sin perjuicio de que pueda sancionarse, en su caso, por el tipo básico del artículo 147 del CP). En este mismo sentido se han mostrado, SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 16; y, SERRANO MAÍLLO, A., “El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas” en *RDUNED*, núm. 7, 2010, pág. 651.

<sup>177</sup> En cuanto a las consecuencias perjudiciales y a la crudeza de la intervención nos remitimos a la exposición realizada al comienzo del estudio.

<sup>178</sup> Sobre la interpretación de las normas del ordenamiento jurídico cabe atender al apartado 1 del artículo 3 del CC: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

<sup>179</sup> En la Exposición de Motivos de la LO 3/2005, de 8 de julio, se señala que “La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato 'inhumano y degradante' incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Parlamentario Vasco y el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida<sup>180</sup>.

En definitiva, creo conveniente concluir que, en mi opinión, mediante la reforma legislativa España no ha conseguido dar una respuesta adecuada a la problemática que entraña la comisión de la MGF en las mujeres y niñas, a pesar de que ese fuese el objetivo que perseguía con su entrada en vigor<sup>181</sup>. Así pues, habida cuenta de que el párrafo 2.º del artículo 149 del CP mantiene la pena prevista en el apartado primero y que la regulación anterior de este precepto ya era aplicable en los casos de mutilación genital, considero que nos hallamos ante un supuesto de Derecho simbólico, que no solventa ninguna laguna de punibilidad como algunos erróneamente sostuvieron en su momento, pero que sirve para poner fin al debate doctrinal existente sobre el carácter principal de los órganos sexuales externos femeninos.

### 1.2.3. Tipo subjetivo.

El contenido del artículo 149.2 del CP no alude a ningún tipo subjetivo específico para que cometer la conducta típica, por tanto, al igual que ocurre en los demás tipos de lesiones (en el tipo básico del artículo 147, en el cualificado del artículo 148 y en el superagravado del artículo 149.1 del CP), el delito de mutilación genital requerirá una actuación dolosa. Es decir, con voluntad y pleno conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivo y a sabiendas de que no cabe ninguna causa de justificación o que determine la atipicidad de la acción<sup>182</sup>. Este dolo podrá ser directo o eventual<sup>183</sup>, y su imputación en la conducta del individuo deberá

---

<sup>180</sup> LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 82-83 señala que en sus Enmiendas núms. 16 (a la Exposición de Motivos) y 22 (a la redacción del artículo 149.2) el Grupo Parlamentario Vasco indicaba que el precepto no podía recoger y castigar de manera uniforme todas las conductas comprendidas bajo el término “mutilación genital femenina”, sino exclusivamente aquellas que conllevaran la “extirpación total o parcial del clítoris y/o de cualquier otra parte de los órganos genitales externos”, al entender que éste es el único acto que constituye “una lesión y causa de inutilidad de un órgano o miembro principal de las mujeres”. En el mismo sentido se mostraron las Enmiendas núms. 74 (a la Exposición de Motivos) y 93 (a la redacción del artículo 149.2) del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

<sup>181</sup> Fragmento de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003: “(...) la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta (...)”.

<sup>182</sup> JERICÓ OJER, L., “A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP):¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio)” en *Diario La Ley*, núm. 8206, 2013, pág. 2.

<sup>183</sup> La SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 sostiene que “el delito puede ser cometido mediante dolo directo, o de primer grado, o, por dolo indirecto, eventual o de segundo grado, siendo en este último

llevarse a cabo por los tribunales, tras la valoración de los medios probatorios existentes en cada caso, de manera que se llegue a la conclusión inequívoca de que en la actuación del autor existía tal dolo<sup>184</sup>.

El precepto tampoco establece los motivos que deben conducir al autor a mutilar. En consecuencia, a pesar de que en la mayoría de los supuestos esta práctica se lleve a cabo por motivos culturales o consuetudinarios, ello no exime a quienes cometen el delito por otras finalidades, como por ejemplo, por venganza<sup>185</sup>. Por tanto, el Tribunal deberá tener en cuenta la gravedad de la lesión producida y la concurrencia del dolo, sin atender a las razones que han motivado la actuación del autor<sup>186</sup>.

Por otro lado, el hecho de que sea necesaria la existencia de *dolo* para castigar un hecho con este delito no significa que las lesiones que se produzcan por *imprudencia* vayan a quedar impunes. De este modo, cuando se mutilen genitales de manera imprudente (que no es lo habitual) será aplicable el artículo 152 del CP<sup>187</sup>, en el que se contempla la pena de uno a tres años de prisión cuando la imprudencia sea grave, y una pena de multa de tres a doce meses cuando ésta sea considerada menos grave<sup>188</sup>.

---

caso relevante la posición de garante de los familiares más directos de la menor o menores víctimas de la ablación acudiendo, a la doctrina de la comisión por omisión”.

<sup>184</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial. 18.º edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 101-103.

<sup>185</sup> La SAP Barcelona (14/06/2013) núm. 735/2013 analiza un supuesto de escisión (ablación parcial del clítoris y labios menores) consecuencia de un mordisco que el autor propicia a su pareja como venganza al creer que la mujer le era infiel. Esta sentencia inaplica erróneamente el artículo 149.2 del CP por considerar que “el precepto tiene por objeto únicamente combatir esas inaceptables prácticas culturales, pero no supuestos como el de los autos”, cuando en realidad la norma no hace referencia a ningún motivo específico para que pueda ser aplicado.

<sup>186</sup> JERICÓ OJER, L., “A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio)” en *Diario La Ley*, núm. 8206, 2013, pág. 2, señala que en caso contrario nos encontraríamos ante un supuesto de “Derecho penal de autor” en tanto que la pena derivaría de la personalidad asocial del autor y no de la gravedad de las lesiones producidas. En el mismo sentido, SANZ MULAS, N. “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 38.

<sup>187</sup> Artículo 152 del CP: “1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: (...) 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. (...) 2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 será castigado con una pena de multa de tres meses a doce meses. (...) El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

<sup>188</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial. 18.º edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 101-103; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al art. 149 CP” en VILLACAMPA ESTIARTE, C./ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./ GARCÍA ALBERO, R./ TAMARIT SUMALLA, J.M./

#### 1.2.4. Pena.

El artículo 149.2 del CP contempla la misma pena que las lesiones superagravadas del apartado primero del mismo precepto, esto es, prisión de seis a doce años. Esta previsión ha sido considerada por algunos sectores como desproporcionada y excesiva, entendiendo que la criminalización de una costumbre cultural puede conllevar una reafirmación de las mismas por parte de quienes la practican<sup>189</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina la considera adecuada desde el punto de vista de la prevención, de manera que la sociedad española sea consciente de que la protección de los bienes jurídicos afectados por la ablación prevalece sobre el respecto de una manifestación cultural o sobre una costumbre<sup>190</sup>.

La novedad de la pena, por tanto, reside en la previsión con carácter expreso de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento cuando la víctima sea un menor o un incapaz por tiempo de cuatro y diez años. Se trata de una pena de naturaleza principal y de carácter facultativo que el Tribunal *podrá* imponer cuando lo considere adecuado para el interés de la víctima<sup>191</sup>. De esta forma, el legislador deja entrever que quienes comenten normalmente este delito son los progenitores o el tutor de las niñas. Así lo reconoce en la Exposición de Motivos al indicar que “en la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de

---

PRATS CANUT, J.M./ VALLE MUÑIZ, J.M./ MORALES PRATS, F./ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 119.

<sup>189</sup> En este sentido, SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 23; y, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 180.

<sup>190</sup> ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1399. En este sentido, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 173-174; y, SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 30, consideran que la norma persigue, mediante la introducción de un tipo autónomo, cumplir un triple objetivo: desaprobando explícitamente estas prácticas, transmitir su apoyo a los inmigrantes que hayan renunciado o quieran renunciar a su realización, y por último, disuadir o intimidar a aquellos que se planteen llevar a cabo la mutilación.

<sup>191</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 552; DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L., “Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pág. 115.

mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”<sup>192</sup>. Además, esta pena podrá además imponerse con independencia del grado de participación de los sujetos activos, esto es, ya sean autores o partícipes<sup>193</sup>.

A mi juicio, esta pena facultativa (destinada a proteger el bienestar de las menores) no acaba de resultar satisfactoria, en tanto que no constituye una novedad en materia punitiva, y además, su eficacia queda prácticamente anulada por la aplicación preceptiva de otras medidas accesorias previstas en el CP.

En primer lugar, cabe indicar que el artículo 56 del CP ya preveía con anterioridad a la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que cuando exista una pena principal inferior a diez años el Tribunal aplique (con carácter preceptivo) la imposición de al menos una de la penas accesorias recogidas en el precepto, entre las que se encuentra, en el subapartado 3.º, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, e incluso la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido<sup>194</sup>. Por tanto, el órgano sancionador podría haber llegado al mismo resultado aplicando la normativa anterior a la modificación del CP.

En segundo lugar, la pena facultativa del artículo 149 del CP ve limitada su

---

<sup>192</sup> <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>

<sup>193</sup> QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 805. En el mismo sentido, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 555, justifica esta aplicación en los artículos 46 y 61 del CP. El primero de ellos contempla la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad haciendo referencia a la figura del “penado”, es decir, el sujeto al que se le condena al cumplimiento de una pena. Por tanto, no es necesario que sea autor. El segundo precepto alude a la autoría en sentido amplio, que no sólo contempla la autoría en sentido estricto, sino que también hace referencia al inductor y al cooperador necesario. Es muy relevante que esta pena pueda aplicarse a los partícipes, ya que en la mayoría de los casos, los progenitores actúan en dicha calidad en la ablación genital.

<sup>194</sup> Artículo 56 del CP: “1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes: (...) 3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código (...)”.

eficacia en la medida que, el artículo 57.2<sup>195</sup> indica que el Tribunal está obligado a aplicar en los delitos de lesiones que recaigan sobre menores, *en todo caso*, la pena accesoria del artículo 48.2 del mismo cuerpo legal<sup>196</sup> (esto es, la prohibición de aproximarse a la víctima) por un tiempo máximo de diez años. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de imponer otras prohibiciones del artículo 48 por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la condena, en virtud del artículo 57.1 del CP<sup>197</sup>. Así pues, resulta especialmente interesante, además del carácter preceptivo de la norma, la duración de la medida que ésta contempla, ya que supera con creces el plazo previsto para la inhabilitación facultativa del artículo 149.2 del CP (de cuatro a diez años)<sup>198</sup>.

Pues bien, atendiendo a la colisión normativa entre el delito de mutilación y el artículo 57 del CP, podríamos encontrarnos ante supuestos en los que el Juez considere que no procede la imposición de la inhabilitación de la patria potestad de los progenitores atendiendo al interés de la menor y, que pese a ello, tenga que imponer la prohibición de aproximarse a ésta por un período inferior o igual a diez años. De esta forma, el intento del legislador de priorizar el interés de la menor queda desvirtuado,

---

<sup>195</sup> Artículo 57.2 del CP: “2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos (...) sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, (...) *se acordará, en todo caso*, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”.

<sup>196</sup> Artículo 48.2 del CP: “La prohibición de aproximarse *a la víctima*, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

<sup>197</sup> Artículo 57.1 del CP sostiene que: “Los jueces o tribunales, en los delitos de (...) lesiones (...), atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, *podrán acordar* en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.

<sup>198</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 552-553.

pudiendo llegar a producirse supuestos de *victimización secundaria*<sup>199</sup>.

Algunas voces han propuesto solucionar esta incompatibilidad acudiendo a la Ley de 18 de junio de 1870, en la que se establecen las reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, ya que una aplicación conjunta de sus artículos 4 y 7<sup>200</sup> nos habilitaría para solicitar un indulto parcial que recaiga sobre una pena accesoria (en este caso, sobre la prohibición de aproximación del artículo 48.2 del CP), garantizando de facto la preservación del interés de la niña mutilada<sup>201</sup>.

En definitiva, debemos concluir indicando que la inclusión expresa de esta pena principal de inhabilitación especial resulta positiva en tanto que prevé la primacía del bienestar del sujeto pasivo con respecto a la imposición de la pena de los autores. Es evidente que el legislador ha tratado de evitar que se produzca automáticamente la ruptura de la unidad familiar cuando el responsable penal sea el progenitor de la víctima. No obstante, en la práctica esta finalidad no se consigue con la efectividad que se desearía. Además, para proteger a las niñas en riesgo de sufrir ablación genital hubiese sido más efectivo, como bien dicen algunos autores, prever la retirada del pasaporte de ésta hasta que alcance la mayoría de edad, ya que de este modo impediríamos (o al menos obstaculizaríamos en gran medida) que los progenitores acudieran con ella a su país de origen, aprovechando un período vacacional, para que sea mutilada<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Este concepto hace referencia al perjuicio doble que pueden padecer las niñas: por un lado, por la lesión del bien jurídico protegido, y por otro lado, por ser separada de sus padres a una edad tan temprana. TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 963.

<sup>200</sup> El artículo 4: “El indulto podrá ser total o parcial. Será indulto total la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente. Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente. Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves”. En relación con la modalidad parcial, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 7, que indica que: “Podrá concederse indulto de las penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa, a no ser de aquellas que sean inseparables por su naturaleza y efectos”.

<sup>201</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 554-555.

<sup>202</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 554. En este mismo sentido, la SAP Girona (02/07/2007), núm. 152/2007 desestima el recurso de apelación presentado contra el auto de fecha de 7 de junio de 2007, dictado en los autos de Jurisdicción Voluntaria por el Juzgado de 1.ª

En cualquier caso debemos ser conscientes de que la erradicación de esta práctica requiere la adopción de medidas multidisciplinarias, como bien ha indicado la normativa internacional, de manera que España debe contribuir en su lucha acompañando la tipificación delictiva con campañas de información y concienciación, para que todos los ciudadanos (y, especialmente los inmigrantes que vengan de países donde la MGF se tolera) conozcan las consecuencias que ésta acarrea en la salud y en la dignidad de la mujer, la forma en la que limita su vida cotidiana y sobre todo, el obstáculo que supone su persistencia para la consecución de una igualdad real entre hombres y mujeres<sup>203</sup>.

### *1.3. La culpabilidad del sujeto activo. Especial referencia al error de prohibición.*

Una vez examinados los elementos del tipo delictivo, debemos adentrarnos en la categoría de la culpabilidad, siendo en esta fase en la que, mediante un juicio normativo de reproche personal, atenderemos a los condicionantes que afecten a la capacidad de un sujeto de adaptar su comportamiento al ordenamiento penal<sup>204</sup>.

No obstante, antes de adentrarnos en este análisis quisiera destacar de manera sucinta la doctrina que de manera unánime ha rechazado que el ejercicio de la libertad de conciencia pueda excluir la antijuridicidad del delito de mutilación genital. Para ello, realizaré un excursu en el que trataré esta cuestión, para adentrarme posteriormente el ámbito en el que mayor efectividad podría poseer la motivación de un sujeto que realiza o permite la realización de una MGF: el ámbito de la culpabilidad.

*Excursu. Colisión cultural: el derecho fundamental a la libertad de conciencia del extranjero y el delito de mutilación genital.*

---

Instancia núm. 5 de Girona, por la que se adopta la medida judicial de protección del menor ex art. 158 del CC, concretamente, la prohibición de salida de territorio nacional a hijas menores y a su madre con dirección a un país africano, lugar de origen de ésta, en el que la MGF constituye una práctica habitual, por tradición cultural, por entender que existe un riesgo lesivo para las niñas.

<sup>203</sup> Sobre la necesidad de interponer medidas interdisciplinarias: SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, págs. 28-29; y, TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, págs. 19-21.

<sup>204</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 15.

El incremento del pluralismo cultural, religioso e ideológico dentro del territorio español por su condición de Estado receptor de grandes flujos migratorios, pone de manifiesto un problema al que debe hacer frente el Derecho penal: el conflicto que nace en el núcleo de la interculturalidad, entre las creencias religiosas, culturales y tradicionales de ciertos grupos sociales inmigrantes y la ley imperante de la sociedad española. Esto es, entre la autoridad y los valores individuales<sup>205</sup>.

De esta tensión surgen los denominados “delitos culturalmente motivados” que se producen cuando un sujeto infringe una norma penal prevista en el Estado en el que reside (en este caso, España) al llevar a cabo una tradición o práctica cultural arraigada en su país de origen<sup>206</sup>. Esto sucede en el caso de la MGF cuando determinados inmigrantes cometen un delito previsto en el artículo 149.2 del CP amparándose en tradiciones o costumbres<sup>207</sup>.

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia se ha visto obligada a sopesar la posibilidad de aplicar una causa de exculpación en la práctica de la MGF, de forma que su realización por motivos culturales pueda excluir la responsabilidad penal del sujeto activo. Se valora de este modo la apreciación del denominado “error de prohibición por motivos de conciencia”<sup>208</sup>. Para ello, han atendido las siguientes circunstancias: la relevancia del bien jurídico lesionado, el tipo de ataque (tangencial o frontal), el carácter individual o colectivo del bien jurídico, la existencia de una norma específica dentro del ordenamiento jurídico español, si el legislador prevé un deber de actuación o de abstención, y la edad de la víctima (en la mayoría de los casos, menor de edad)<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> SAP Barcelona (13/05/2013), núm. 42/2013, FJ 3.º.

<sup>206</sup> SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 13.

<sup>207</sup> DE MAGLIE, C.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 95-96.

<sup>208</sup> OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 123.

<sup>209</sup> Criterios tenidos en cuenta por JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 573, para considerar que no es posible justificar esta conducta. En primer lugar, la autora sostiene que la ablación genital atenta de manera inequívoca y frontal contra un bien jurídico de suma importancia en el ordenamiento jurídico, como es, la integridad física y la salud (física y psíquica) de la mujer mutilada, que condiciona a su vez el disfrute de una vida digna y normalizada en la sociedad; en segundo lugar, que defender la tolerancia de la sociedad frente a una conducta delictiva es más complicado si cabe en el caso de que el bien jurídico tenga carácter individual, como es el caso. Esta dificultad se acentúa cuando existe una norma penal (el artículo 149.2 del CP) que exige a los ciudadanos

La respuesta ha sido unánime: el ejercicio de los derechos a la personalidad y a la libertad de conciencia (salvaguardados en el artículo 16 de la CE)<sup>210</sup> no pueden justificar en ningún caso la comisión de la ablación genital ya que ello supondría permitir la lesión de bienes jurídicos de gran relevancia y trascendencia tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, como son el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y a la indemnidad sexual<sup>211</sup>.

En la misma línea se ha mostrado el artículo 3.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (modificado por la LO 2/2009, de 11 de diciembre) al disponer que “las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, *sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales* de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”<sup>212</sup>. O la Exposición de Motivos de la LO 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (que posteriormente analizaremos), donde se indica que “el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países

---

un deber de abstención consistente en “no mutilar”. Todo ello resulta aún más evidente teniendo en cuenta que la MGF recae sobre niñas de temprana edad y sin que éstas presten su consentimiento.

<sup>210</sup> STC (23/04/1982) núm. 15/1982 señala que “la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma”. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989, pág. 50. Con respecto a la normativa que la ampara, cabe mencionar que el artículo 16 de la CE prevé la “libertad ideológica y de culto”. Este precepto ha de interpretarse en conexión con el artículo 18 de la DUDH (en la que se hace referencia a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de culto”) y con el contenido de las demás normativas internacionales que sobre esta materia ha ratificado España. Además, el artículo 14 de la CE alude a la libertad de pensamiento cuando prohíbe la discriminación fundadas en “las opiniones” del sujeto. Finalmente el artículo 20 del mismo cuerpo legal alude a los pensamientos, ideas y opiniones de los individuos. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 116.

<sup>211</sup> SAP Barcelona (13/05/2013), núm. 42/2013, FJ 1.º considera que “no resulta hacedero justificar tales prácticas alegando un conflicto de conciencia, ya que de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisón de conductas anárquicas”. En el mismo sentido, SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011, FJ 2.º; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 121; SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, págs.13-14; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 572-574.

<sup>212</sup> <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea *no puede considerarse una justificación* para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos”<sup>213</sup>.

Por tanto, el ejercicio de un derecho no tiene carácter absoluto, sino que queda restringido en la medida que coexiste con otros derechos que también se encuentran garantizados por el ordenamiento jurídico<sup>214</sup>. En este sentido, toda expresión cultural tiene como *límite infranqueable* el respeto de los derechos humanos de terceros, que son universales e inalienables, dado que estos constituyen la base ética mínima que posibilita una convivencia pacífica en una sociedad multicultural, y la intervención de los tribunales cuando se produzca su violación<sup>215</sup>.

### 1.3.1. La relevancia de los motivos culturales en el ámbito de la culpabilidad.

Un sujeto sólo es culpable de realizar una acción típica y antijurídica (de manera comisiva u omisiva) cuando en la situación concreta en la que se encontraba, pudo haberse abstenido de obrar en contra de las exigencias del ordenamiento jurídico. O dicho de otro modo, cuando pudiendo actuar conforme a la normativa vigente, el individuo opta por incumplirla<sup>216</sup>. Se trata de valorar si la conducta delictiva es atribuible al sujeto activo, y por consiguiente, si éste puede ser considerado como

---

<sup>213</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24457-24457.pdf>

<sup>214</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Identidad, creencias y orden penal: La exigente cultural” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pág. 430.

<sup>215</sup> MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 39. En este sentido, SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 22; VAZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 142, sostiene que “no toda diversidad ni diferencia es éticamente aceptable, ni todo punto de vista cultural tiene en sí el mismo valor ético”. En la misma línea, BENHABID, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos” en *ISEGORIA*, núm. 39, 2008, pág. 179, indica que el mínimo común es “el ser reconocido por otros y el reconocer a otros a su vez como persona merecedora de respeto moral y de derechos legalmente garantizados en el seno de una comunidad humana”.

<sup>216</sup> CERESO MIR, J.: *Curso de derecho penal español. Parte general.III Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 15; LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 342.

responsable penal. Esta concreción es de suma relevancia ya que en el ordenamiento penal, no hay pena si no hay culpabilidad<sup>217</sup>.

Así pues, la culpabilidad se compone de tres elementos:

- La *imputabilidad* o la condición del sujeto por la que se le puede atribuir su acto, y por tanto, ser considerado responsable de éste<sup>218</sup>. No obstante, la responsabilidad penal podrá excluirse cuando concurra alguna de las siguientes causas de inimputabilidad: la alteración y anomalía psíquica (artículo 20.1 del CP); la intoxicación plena y la actuación bajo la influencia del síndrome de abstinencia (artículo 20.2 del CP) y la alteración de la percepción (artículo 20.3 del CP)<sup>219</sup>.
- La *conciencia de la antijuridicidad de la acción*, es decir, el conocimiento que debe tener el sujeto activo de que su actuación es contraria a Derecho, esto es, que es antijurídica y que en consecuencia, se le puede atribuir y reprochar jurídicamente<sup>220</sup>. La responsabilidad penal quedará excluida en este caso cuando concurra un error de prohibición (artículo 14.3 del CP).
- Y, por último, la *exigibilidad de otra conducta*, por la que se debe averiguar si en el marco de un Estado de Derecho, esa conducta típica y antijurídica puede ser exigible penalmente al ciudadano o si de lo contrario, debe quedar impune<sup>221</sup>. En este sentido, habrá que analizar si en el caso concreto concurre la eximente de miedo insuperable (artículo 20.6 del CP), ya que ésta excluiría la responsabilidad penal del sujeto.

En el caso de la MGF debemos tener en cuenta además, que la mayoría de los supuestos en los que se lleva a cabo el responsable penal actúa condicionado por valores

---

<sup>217</sup> Así lo exige el principio de culpabilidad vigente en nuestro ordenamiento jurídico, CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho penal español. Parte general.III Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 16.

<sup>218</sup> LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 358.

<sup>219</sup> LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 377.

<sup>220</sup> LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 386.

<sup>221</sup> LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 401.

culturales que limitan el acceso al conocimiento o a la motivabilidad normal del sujeto por la norma penal ocasionando un conflicto de creencias<sup>222</sup>.

A lo largo de este apartado, haremos referencia a las causas de exclusión de imputabilidad, exigibilidad y conciencia de la antijuridicidad y a su posible apreciación en el delito de ablación, haciendo especial hincapié en el error de prohibición dado que es el elemento que mayor relevancia tiene en la práctica.

### 1.3.2. Causas de inimputabilidad (apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP).

La primera vía para excluir la responsabilidad penal de un sujeto es a través de una causa de inimputabilidad. Como anteriormente expusimos, el legislador ha previsto que ésta pueda producirse por tres razones: por motivos psicológicos (cuando concurra una la alteración y anomalía psíquica; por motivos toxicológicos (cuando exista una intoxicación plena o una actuación bajo la influencia del síndrome de abstinencia); y, por motivos perceptivos (cuando se produzca una alteración de la percepción).

A continuación, analizaremos las dos eximentes que más relevancia pueden tener en las MGF, que son, la alteración y anomalía psíquica y la alteración de la percepción, ya que en la mayoría de los supuestos de ablación, no es una práctica que se realice en un contexto de consumo de drogas, sino al amparo de una cultura distinta a la existente en la sociedad española.

#### 1.3.2.1. La alteración y anomalía psíquica (artículo 20.1 del CP)<sup>223</sup>.

Como regla general no cabe aplicar en los delitos de mutilación genital la eximente de anomalía o alteración psíquica dado que ello conllevaría equiparar la

---

<sup>222</sup> ASÚA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina” en *Eguzkilore*, núm. 18, 2004, pág. 93; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 578. En este sentido, cabe recordar que el delito de MGF no exige que la mutilación se realice amparándose en unos determinados motivos. No obstante, debemos analizar la incidencia de la cultura en esta práctica ya que la inmensa mayoría de sus realizaciones está ligada a la tradición, la cultura y la costumbre, como expusimos en el Punto II de este estudio.

<sup>223</sup> Artículo 20.1 del CP: “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”.

motivación por convicción o de conciencia del individuo con una enfermedad mental, lo que supondría además considerar que los miembros de la sociedad que la realiza es moralmente o mentalmente inferior<sup>224</sup>. En consecuencia, la eximente no tendrá lugar cuando el delito se lleve a cabo alegando tradiciones, valores culturales o costumbres (como sucede en la inmensa mayoría de los casos).

No obstante, algunas voces sostienen que podría llegar a aplicarse cuando el sujeto, perteneciente a una secta o movimiento fanático, actúe por un imperativo de conciencia que le ocasione un estado neurótico o patológico<sup>225</sup>.

### 1.3.2.2. La alteración de la percepción (artículo 20.3 del CP)<sup>226</sup>.

Otra posibilidad de justificar la práctica de la MGF es mediante la apreciación de la eximente de alteración de la percepción, cuya aplicabilidad ha sido muy discutida por parte de la doctrina.

Un sector minoritario sostiene que, si tenemos en cuenta que la ablación se lleva a cabo en comunidades con un profundo subdesarrollo cultural, podría aplicarse la eximente utilizando una interpretación amplia de “percepción”, entendiendo que los miembros de este colectivo presentan una alteración de la percepción desde la infancia que puede repercutir en la conciencia de la realidad<sup>227</sup>. Otros en cambio, consideran que esta apreciación deberá limitarse a aquellos supuestos en los que se acredite un

---

<sup>224</sup> HERRERA MORENO, M., “Multiculturalismo y tutela penal. A propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina” en *Revista de Derecho Penal*, núm.5, 2002, pág. 74; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 579.

<sup>225</sup> FLORES MENDOZA, F.: *La Objeción de Conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, págs. 202-204; JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 574; y, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 579-580.

<sup>226</sup> Artículo 20.3 del CP: “Están exentos de responsabilidad criminal: 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”.

<sup>227</sup> TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al art. 149” en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 787; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Libertad de conciencia y responsabilidad penal. Relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad” en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 1, 2001, pág. 397; MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.3” en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 205-207.

verdadero aislamiento cultural, que difícilmente sucede en los casos de ablación genital<sup>228</sup>.

Por su parte, la postura mayoritaria, partiendo de una interpretación restrictiva del término “percepción” (que lo limita al ámbito biológico o sensorial), rechaza tajantemente la aplicabilidad de este supuesto. Este sector considera que atendiendo al tenor literal de la ley, no cabe entender que quienes poseen valores culturales distintos a los de la sociedad española, presentan una distorsión grave de la conciencia de la realidad que les genera una “alteración de la percepción”, impidiéndoles comprender que la MGF es un acto ilícito<sup>229</sup>.

Personalmente, coincido con la doctrina mayoritaria. La adquisición de unos valores culturales distintos a los de la sociedad mayoritaria no puede considerarse como una “alteración de la percepción” ya que ello podría ocasionar que nacer en una determinada comunidad incapacitara al sujeto, lo que a mi entender resultaría erróneo.

### 1.3.3. La inexigibilidad de la conducta: el miedo insuperable (artículo 20.6 del CP).

La segunda vía para excluir la responsabilidad penal de un sujeto es a través de la eximente prevista en el artículo 20.6 del CP: el miedo insuperable, que afecta directamente en la exigibilidad de la conducta<sup>230</sup>. Esta figura está pensada para aquellos supuestos en los que, teniendo el sujeto activo un conflicto de conciencia, comete un

---

<sup>228</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 580-581; JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 574-575.

<sup>229</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, págs. 15-16; HERRERA MORENO, M., “Multiculturalismo y tutela penal. A propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina” en *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, pág. 75; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, pág. 588; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Identidad, creencias y orden penal: La eximente cultural” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pág. 436.

<sup>230</sup> En virtud de la teoría unitaria que sostiene que todo estado de necesidad es justificante, la única vía para valorar el conflicto de conciencia en el área de la exigibilidad será mediante la eximente del miedo insuperable. JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 583-584.

delito motivado por un temor. En la colisión cultural este miedo se produce por los estímulos externos que nacen por la interpretación de la norma<sup>231</sup>.

La valoración de la *superabilidad* del miedo (que condicionará la aplicación de la eximente completa) se llevará a cabo por los tribunales atendiendo a las circunstancias subjetivas e individuales del sujeto activo concreto, esto es, sin necesidad de analizar cómo actuaría el hombre medio ideal en ese supuesto (como se requiere en la eximente del artículo 20.5 del CP)<sup>232</sup>.

Siendo esto así, resultará muy complicado apreciar esta circunstancia en los supuestos de ablación genital al tratarse de una práctica que se desempeña (en la mayoría de los casos) en virtud de una tradición, una creencia o una costumbre, esto es, sin que exista un temor que motive al sujeto activo a mutilar a la niña<sup>233</sup>. La pretensión resulta aún más complicada teniendo en cuenta que cuando se lleva a cabo una ablación para proteger el honor o el respeto de la cultura, no concurre un “temor” o “miedo” a efectos del artículo 20.6 del CP<sup>234</sup>.

En definitiva, tampoco podremos aplicar esta causa de exigibilidad en los delitos de MGF.

1.3.4. La exclusión de la conciencia de la antijuridicidad: el error de prohibición (artículo 14.3 del CP).

Por último, debemos hacer referencia a la tercera vía para excluir la responsabilidad penal del sujeto activo y el instrumento más idóneo para considerar la

---

<sup>231</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 585.

<sup>232</sup> JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 585.

<sup>233</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coords.): *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 961; y, JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 585.

<sup>234</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, págs. 15-16; CORCOY BIDASOLO, M., “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes” en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 1240-1241.

motivación cultural del autor dentro del ámbito de la culpabilidad: el error de prohibición. En España no se contempla la aplicación un error de prohibición autónomo por motivos culturales, como sí ocurre en otros países<sup>235</sup>, por lo que debemos examinar si el conflicto de conciencia en los casos de MGF tiene cabida en la figura prevista en el ordenamiento jurídico español.

La jurisprudencia ha definido este elemento como un reverso de la conciencia de la antijuridicidad que requiere que el sujeto activo de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, es decir, que actúe creyendo que obra lícitamente<sup>236</sup>.

La doctrina diferencia dos clases de error de prohibición: el error *directo*, que recae sobre la existencia de una norma prohibitiva (es decir, cuando el sujeto actúa sin ser consciente del carácter injusto del hecho) y el *indirecto*, en el que el individuo se equivoca sobre la aplicabilidad de una causa de justificación, cometiendo el acto delictivo conociendo el carácter ilícito del acto, creyendo que está amparado por el ejercicio de un derecho (esto es, la libertad de creencias) o por una circunstancia eximente que en realidad, no concurre<sup>237</sup>.

Dentro de los errores directos se hallan el modelo clásico, el error de validez y el de subsunción<sup>238</sup>. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han rechazado la

---

<sup>235</sup> Perú contempla el *error de comprensión culturalmente condicionado* en el artículo 15 de su CP, indicando que “el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”. TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, págs. 17-18; <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

<sup>236</sup> SSTS (10/05/2005) núm. 601/2005, (02/04/2009) núm. 336/2009 y (03/04/2012) núm. 266/2012.

<sup>237</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 17. Esta distinción ha sido defendida también por la jurisprudencia en las SSTS (15/01/2003) núm. 17/2003, (28/05/2003) núm. 755/2003, (28/06/2004) núm. 862/2004 y (03/04/2012) núm. 266/2012.

<sup>238</sup> Existen tres clases de errores directos: en primer lugar, tenemos el error de prohibición clásico, que no es otro que aquel que recae sobre la existencia de una prohibición (es decir, cuando el sujeto actúa pensando que el hecho es lícito); en segundo lugar, el error sobre la validez de la norma, esto es, cuando el sujeto es conocedor de la norma penal pero la considera nula; y, por último, el error de subsunción, que se produce cuando el individuo cree que el hecho cometido no encaja en la norma penal. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 89-92.

aplicación del error sobre la validez<sup>239</sup> y el error de subsunción<sup>240</sup> para excluir o atenuar la responsabilidad penal.

Por otra parte, la modalidad indirecta se subdivide en dos tipos de error: el error sobre la existencia o límites de una causa de justificación, y el error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación<sup>241</sup>. Sin embargo, atendiendo a “la teoría restringida de la culpabilidad” tampoco podrá excluirse la culpabilidad del sujeto que practica una MGF cuando el error recaiga sobre la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación<sup>242</sup>. Sí podrá apreciarse en algunos supuestos de MGF el error sobre los límites de la causa de justificación cuando el sujeto se considere amparado por el ejercicio de la libertad de conciencia o del libre desarrollo de la personalidad a la hora de realizar esta práctica<sup>243</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que el error de prohibición no podrá aplicarse cuando el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad o

---

<sup>239</sup> JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 575-576; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 582 entiende que como regla general el sujeto que mutila no se halla en un error de validez, dado que para que así fuera se exige la alegación de las causas legales que determinen la nulidad del deber jurídico. En este sentido, el conflicto cultural entre la libertad de conciencia y el delito no podrá ser alegado a fin de apreciar el error, en tanto que no constituye un fundamento legal.

<sup>240</sup> La jurisprudencia establece que para sancionar un acto delictivo no se requiere que el sujeto conozca concretamente la gravedad con la que la Ley lo sanciona, ya que los ciudadanos no son ordinariamente expertos en la normativa jurídica. Así lo señalan, entre otras, las SSTs (18/04/2006) núm. 411/2006 y (10/10/2003) núm. 1287/2003. En consecuencia, en palabras de la STS (03/04/2012) núm. 266/2012 “resulta penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir, el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre un error de prohibición en el sentido del artículo 14.3 del CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por normativa alguna”.

<sup>241</sup> En estos casos, el ciudadano actúa a sabiendas de la existencia de una norma penal o bien porque considera que los límites de la causa de justificación son más amplios de lo que en realidad son, o bien porque cree que concurren los presupuestos objetivos de la eximente cuando en la práctica, no existen. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 96-101.

<sup>242</sup> En virtud de “la teoría restringida de la culpabilidad”, el error de prohibición no excluye el dolo, ya que éste no requiere de conciencia de antijuridicidad, sino que recae sobre la culpabilidad, y debe rechazarse su aplicación en aquellos supuestos en los que el error afecte a la existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, dado que éste constituye un error de tipo, OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 38; JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 582.

<sup>243</sup> Sin embargo, JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 576, sostiene que este error se apreciará, en todo caso, con independencia de las motivaciones especiales que hayan ocasionado la comisión del hecho.

cuando no conocía la norma concreta infringida, pudiendo apreciarse únicamente cuando el sujeto actúe creyendo que está obrando conforme a Derecho<sup>244</sup>. Este tipo de error (directo) es precisamente el que se tiene en cuenta en las sentencias de MGF que posteriormente analizaremos.

Determinar la existencia de un error de prohibición resulta una complicada tarea ya que éste depende del arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que resulte suficiente para su estimación su mera alegación, debiendo probar el autor, tanto su existencia como su vencibilidad<sup>245</sup>. Esto conlleva la presunción de que todo ciudadano es conocedor de la antijuridicidad de su conducta, mientras no se pruebe lo contrario.

Personalmente no comparto esta exigencia. Bajo mi punto de vista, la carga de la prueba debería recaer sobre la acusación en tanto que el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta es un elemento de la culpabilidad indispensable para poder imponerle al acusado la pena. Por tanto, debería ser probada por el Ministerio Fiscal como cualquier otro elemento delictivo más, sin que deba presumirse su concurrencia, en aras de preservar el principio de presunción de inocencia fundamental en nuestro sistema judicial penal<sup>246</sup>.

La apreciación del error deberá realizarse de manera casuística atendiendo a los elementos subjetivos que envuelven el supuesto concreto<sup>247</sup>, sin que tenga lugar cuando

---

<sup>244</sup> SSTS (02/04/2009) núm. 336/2009 y (03/04/2012) núm. 266/2012.

<sup>245</sup> SSTS (09/02/1995) núm. 166/1995, (03/04/2012) núm. 266/2012 y (22/12/2014) núm. 898/2014; y, SJP Cáceres (07/11/2012) núm. 283/2012.

<sup>246</sup> Esta postura ha sido defendida por la jurisprudencia minoritaria y la doctrina. En este sentido, la STS (26/12/1996) núm. 1077/1996; NIETO MARTÍN, A.: *El conocimiento del Derecho: Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, S.A. Atelier Libros, Barcelona, 1999, págs. 47-50; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 127-130.

<sup>247</sup> Por su parte, la jurisprudencia defiende que la determinación de la existencia de un error deberá realizarse combinando criterios objetivos y subjetivos. Ejemplo de ello es la STS (03/04/2012) núm. 266/2012 en cuyo FJ 1.º señala que “la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 (RJ 2003, 2520) - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse *hombre medio*, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento”. No obstante, bajo mi punto de vista, esta combinación no puede tener cabida a la hora de examinar la culpabilidad de un sujeto, ya que partiendo de la teoría restringida del consentimiento los criterios objetivos del *hombre medio ideal* deben ser empleados exclusivamente

la ilicitud sea “notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada”<sup>248</sup>, o cuando el autor presente una conducta descuidada o despreciativa del derecho, ya que ello excluiría la aplicación del error de prohibición<sup>249</sup>.

Pues bien, nos encontraremos ante un error de prohibición cuando examinado la cultura, el dominio de la lengua castellana o la situación personal del sujeto (entre otros factores), pueda afirmarse que éste desconocía que la MGF estuviera prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, cuando cometiera (de manera activa u omisiva) el delito creyendo que su actuación era lícita<sup>250</sup>.

La doctrina sostiene que existen cinco indicios para desacreditar la existencia del error, o dicho de otro modo, para acreditar el conocimiento de la antijuridicidad por parte del acusado, que son: la naturaleza del delito, el *modus operandi* empleado, la

---

en la valoración del tipo de injusto (como pueden ser las cuestiones sobre el error de tipo, la imprudencia o las causas de justificación), y no en el análisis de la culpabilidad.

<sup>248</sup> SSTS (13/09/2007) núm. 737/2007 y (22/12/2014) núm. 898/2014; y, SJP Cáceres (07/11/2012) núm. 283/2012. En el mismo sentido, las SSTS (10/12/1998) núm. 1551/1998 y (28/01/2000) núm. 148/2000 señalan que la jurisprudencia ha dejado claro que “a) no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y a todo el mundo consta que están prohibidas, y b) que para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto de un proceder antijurídico, pues basta con que tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, lo que por estimarse similar al dolo eventual no merece trato de benignidad alguno (Sentencias de 17 de abril de 1995 y 29 de noviembre de 1994)”.

<sup>249</sup> SSTS (27/02/2003) núm. 302/2003 y (03/04/2012) núm. 266/2012. En este sentido la SAP Tarragona (07/12/2011) núm. 519/2011 establece que no todo desconocimiento tendrá efectos exculpativos, recordando que “la operatividad de dichas cláusulas viene marcada por presupuestos estrictos que acrediten que *el déficit de cognoscibilidad no pueda reprocharse a una conducta descuidada o despreciativa del derecho o del mandato por parte del destinatario*. En efecto, si partimos de la función motivacional de la norma por la que ésta debe servir para que el destinatario ajuste su conducta a los límites y prohibiciones que incorpora, deberá concluirse que *no todo déficit de conocimiento adquiere relevancia penal*. (...) el derecho exige al autor imputable, que es capaz potencialmente de reconocer la antijuridicidad, que también determine su voluntad conforme a este conocimiento posible. Cabe, pues, considerar que el autor deviene obligado a un *esfuerzo de conciencia*, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar (...)”.

<sup>250</sup> La SAP Tarragona (07/12/2011) núm. 519/2011 indica que “para determinar el grado y alcance de dicha *potencialidad de reconocimiento*, habrá que estar, como criterio principal, *al entorno personal del sujeto activo*. Dicho espacio nos suministrará los elementos principales para poder valorar si el desconocimiento normativo puede tener o no efectos disculpantes”. Por su parte, la SJP Cáceres (07/11/2012) núm. 283/2012 añade que “para determinar la concurrencia de dicho error de prohibición, que puede ser vencible o invencible, han de examinarse los concretos condicionamientos psicológicos y culturales del agente, junto con las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción, tal como lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que recalca que no es lo mismo su alegación por una persona inculta o analfabeta, que afirmar su existencia respecto a quien posee unos conocimientos generales y asesoramiento que hacen muy difícil admitir que pudiese ignorar el carácter antijurídico de sus actos. Y hay que distinguir también entre normas cuya inclusión en el ordenamiento jurídico pertenece al acervo común y puede presumirse que son *conocidas por todos* que otro tipo de normas. (Así SSTS de 27-2-2003, 14-10-2002, 20-7-2000, 29-10-1998, 15-4-1996, 17-4-1995, 2-7-1994, 20-2-1992, 18-11-1991, 13-3-1987, 15-3-1986, 21-2-1986, etc.)”.

conducción de la vida y reincidencia del sujeto, su profesión y, la actitud de la víctima<sup>251</sup>. En el caso de la MGF, los elementos más relevantes son dos, el modus operandi y el consentimiento de la víctima.

En primer lugar, no cabe hablar de error de prohibición cuando el sujeto activo trata de ocultar la realización del hecho, actuando de manera clandestina o secretas, ya que con su actuación el sujeto indica de manera tácita que conoce la antijudicialidad del hecho<sup>252</sup>. Por tanto, no podrá excluirse la responsabilidad penal en aquellos casos en los que se practique la mutilación genital de manera clandestina, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que ésta esté permitida y se realice de manera habitual y arraigada en el país de origen del sujeto<sup>253</sup>.

En segundo lugar, tampoco podrá sostenerse la existencia de un error aludiendo al consentimiento de la víctima, ya que este debe ser real o completamente libre, sin que tenga encaje de ninguna manera cuando la MGF recae sobre una menor o sobre una mujer adulta que la sufre por miedo a no ser aceptada por la comunidad<sup>254</sup>.

Una vez determinada la existencia del error de prohibición, deberemos realizar un segundo examen conocido como “juicio de vencibilidad”.

#### 1.3.4.1. El error de prohibición vencible e invencible. Criterios de vencibilidad.

Partiendo de la existencia de un error de prohibición el CP distingue dos supuestos, el error vencible (o disculpante) y el invencible (o exculpante). Esta

---

<sup>251</sup> OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 132-150. No es objeto de este estudio explicar los criterios utilizados con carácter general, de manera que nos centraremos en los dos elementos que pueden tener transcendencia en el caso de la MGF.

<sup>252</sup> SSTs (27/02/1992) núm. 411/1992, (28/09/1993) núm. 2061/1993 y (27/01/2001) núm. 64/2001; y SAP Guipúzcoa (22/12/2004) núm. 221/2004.

<sup>253</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 17; JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 575; HERRERA MORENO, M., “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina” en *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, pág. 75.

<sup>254</sup> En relación con el consentimiento de la víctima, cabe recordar que esta misma argumentación conlleva que tampoco pueda aplicarse el tipo atenuado de lesiones del artículo 155 del CP cuando la mutilación recaiga sobre una menor ya que la doctrina ha considerado que ésta no tiene capacidad jurídica para otorgar un consentimiento pleno y eficaz a efector de rebajar la pena del artículo 149.2 del mismo cuerpo legal. SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 32.

calificación ostenta gran relevancia en la determinación de la pena, ya que la existencia del primero conlleva la disminución en uno o dos grados de la pena principal, mientras que el segundo excluye la responsabilidad criminal del autor<sup>255</sup>.

Atendiendo a la doctrina, la *vencibilidad* es la posibilidad que tenía el sujeto activo de haber conocido la antijuridicidad de la conducta. Partiendo de esta definición, se considerará *vencible* el error de prohibición cuando el autor tuvo la posibilidad de conocer que su actuación estaba prohibida<sup>256</sup>. Y, por el contrario, será *invencible* cuando al sujeto que delinque sin conocer la antijuridicidad de su acto, no se le pueda reprochar su desconocimiento. Por tanto, la determinación de la modalidad del error depende en definitiva en la reprochabilidad de la falta de conocimiento.

Para determinar cuándo el sujeto es responsable de su falta de conocimiento, esto es, cuando nos encontramos ante un error de carácter vencible, es necesario que exista un motivo que le lleve al sujeto a informarse sobre el hecho delictivo (en este caso, la ablación). Atendiendo a la *teoría preventiva*, el error será vencible en tres supuestos:

- Cuando le hayan surgido dudas sobre la licitud del acto por su propia reflexión o por otros medios;
- Cuando conozca la existencia de una regulación jurídica específica;
- O cuando sea consciente de que su actuación perjudica a un tercero.

Cuando no exista ninguno de estos motivos, nos encontraremos ante un error de prohibición invencible<sup>257</sup>. Sin embargo, si concurre alguna razón que exija que el sujeto

---

<sup>255</sup> Artículo 14.3 del CP: “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”.

<sup>256</sup> En este caso, se considera la falta de conocimiento reprochable al autor. Es lo que se conoce como “conocimiento potencial de la antijuridicidad”, OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 155-156.

<sup>257</sup> OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 177-181. La jurisprudencia por su parte no alude a ningún motivo que lleve al sujeto a informarse de la antijuridicidad del hecho y tiende a mezclar los criterios para determinar la existencia del error con los empleados para distinguir el error vencible e invencible. No obstante, la STS (03/04/2012) núm. 266/2012 es de las pocas sentencias que señala expresamente los factores que determinan la vencibilidad del error, haciendo

se informe sobre la posible antijuridicidad de la conducta, éste deberá utilizar los medios que disponga para evitar dicho error, que según la doctrina pueden agruparse en dos instrumentos: la reflexión y la recogida de información<sup>258</sup>.

Respecto a la segunda vía, la doctrina y jurisprudencia exigen que se trate de información objetiva y parcial que se obtenga de fuentes fiables<sup>259</sup>. Tendrán dicha consideración la proporcionada por Abogados, los Letrados de la Administración de Justicia, y otros órganos de la Administración Pública así como las decisiones judiciales<sup>260</sup>.

De este modo, si tras un proceso de reflexión interno o tras informarse por fuentes parciales, toda la información que recibe le indica que su conducta está prohibida, el error será vencible y no podrá excluirse su responsabilidad criminal, pero sí podrá disminuirse la pena prevista en virtud del artículo 14.3 del CP.

## **2. La persecución extraterritorial, el principio de justicia universal y la LOPJ.**

Tras tipificar expresamente el delito de mutilación genital en el Derecho español, el legislador se percató que esta medida resultaba insuficiente para perseguir y castigar la práctica de la ablación ya que la mayoría de los supuestos se realizaban fuera

---

referencia a dos: “a) La urgencia de actuar: la inaplazabilidad de la decisión dificultará la posibilidad de acudir a los medios que pudieron proporcionar mayor información al agente; y b) La accesibilidad - abstracta y concreta, objetiva y subjetiva- al medio de información capaz de deshacer el error”. Esta sentencia subraya además la importancia de informarse para evitar el error, indicando que “el acusado podía haber evitado el desconocimiento de la ilicitud. (...) el acusado pudo deshacer el desconocimiento que se alega acudiendo a fuentes de información fácilmente accesibles, lo que ni siquiera intentó y en autos no hay constancia alguna de una situación de marginación social o de socialización del acusado, que le haga no entender el alcance y significación antijurídica de la norma. (...) En el presente caso el carácter vencible del error sobre la antijuridicidad es claro. A pesar de su relativamente corta estancia en España (...) es evidente que las cuestiones relacionadas con los abusos sexuales cometidos con menores es un tema cotidiano en la sociedad española actual, con importante reflejo en los medios de comunicación. De ello es posible concluir que el acusado hubiera podido con un cierto esfuerzo de conciencia comprender la antijuridicidad del hecho en nuestro orden jurídico”.

<sup>258</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error de prohibición: pasado, presente y futuro” en *VVAA: El nuevo Código Penal : presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pág. 362; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987, págs. 185-190; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 181-192.

<sup>259</sup> STS (03/01/1999) núm. 1868/1999.

<sup>260</sup> OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 193-194; SAP Barcelona (10/01/2001) núm. 12/2001; SAP Zaragoza (11/05/1999) núm. 226/2002; y, SAP Granada (16/06/2005) núm. 327/2005.

de nuestras fronteras cuando los inmigrantes regresaban a su país de origen durante periodos vacacionales<sup>261</sup>. Así, el principio de territorialidad constituía un obstáculo para los tribunales españoles que debían limitarse a enjuiciar aquellos casos que se llevaban a cabo dentro del territorio español. Ello ocasionó una reforma de la LOPJ que permitió actuar a los órganos judiciales en virtud del principio de universalidad ante las MGF que se produjeran en el extranjero.

### *2.1. El principio de jurisdicción universal y la situación anterior a la reforma.*

La regla general que opera en la aplicación de la ley penal en España es el denominado “principio de territorialidad” según el cual, la ley aplicable en el enjuiciamiento de un delito es la del país donde se ha producido el hecho delictivo. Es decir, que la norma de nuestro ordenamiento se aplicará en supuestos de mutilación genital, tanto a nacionales como a extranjeros, siempre que ésta se produzca dentro de nuestro territorio. Se trata de una manifestación del *ius puniendi* relacionada con la soberanía del Estado<sup>262</sup> y queda consagrado en el artículo 23.1 de la LOPJ<sup>263</sup>.

No obstante, la LOPJ contempla tres supuestos en los que, no siendo cometido el delito dentro del territorio español, los tribunales españoles pueden conocer del asunto en cuestión. Esta *extraterritorialidad* se manifiesta a través de las siguientes excepciones:

- La nacionalidad o *principio personal*, que habilita a los órganos judiciales para conocer los delitos cometidos en el extranjero por nacionales españoles (o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española) siempre que el hecho sea punible en el lugar de comisión, que la víctima o el Ministerio Fiscal interpongan una querrela ante los tribunales españoles y que el autor

---

<sup>261</sup> Cuando se descubría algún supuesto de ablación por parte de los profesionales sanitarios de pediatría, los progenitores manifestaban que se había llevado a cabo durante unas vacaciones en su país de origen. Ejemplo de ello, “Cuatro menores residentes de Álava sufren una ablación en Mali”, en *Diario Público*, el 21 de agosto de 2015. <http://www.publico.es/sociedad/cuatro-menores-residentes-alava-sufren.html>

<sup>262</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 23.

<sup>263</sup> Artículo 23.1 de la LOPJ: “En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte”.

no haya sido enjuiciado en el extranjero, o en su caso, que no haya cumplido la condena<sup>264</sup>.

- La protección o *principio real*, que conlleva el conocimiento de los de asuntos extranjeros que atenten contra los intereses nacionales de España (previstos en una lista *numerus clausus* en el artículo 23.3 de la LOPJ)<sup>265</sup>.
- La justicia mundial o el *principio de universalidad* (denominado también "justicia universal") que atribuye a los tribunales españoles competencia para conocer y enjuiciar aquellos supuestos que lesionen los intereses de la comunidad internacional previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ<sup>266</sup>.

En el caso de la MGF, el principio fundamental para su persecución fuera de las fronteras españolas es el de justicia universal, al que haremos referencia a continuación. Este concepto ha sido definido por el Instituto de Derecho Internacional como “la competencia de un Estado para perseguir, y en su caso ser declarados culpables, castigar a presuntos, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a

---

<sup>264</sup> Artículo 23.2 de la LOPJ: “También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurren los siguientes requisitos :a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes. b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles. c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

<sup>265</sup> Artículo 23.3 de la LOPJ: “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado; b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; c) Rebelión y sedición; d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; e) Falsificación de moneda española y su expedición; f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; i) Los relativos al control de cambios”.

<sup>266</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 2, 2004, pág. 246, puntualiza que la perseguibilidad extraterritorial tiene carácter subsidiario, operando únicamente cuando los órganos judiciales extranjeros competentes para conocer del delito no inicien su persecución y castigo.

vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley Internacional”<sup>267</sup>.

La razón que habilita la ampliación de la jurisdicción en estos casos es la existencia de delitos de naturaleza internacional que se contraponen con los intereses de la comunidad internacional por suponer un ataque contra la humanidad, por haber sido rechazados por ésta o por poner en peligro la paz y seguridad internacional<sup>268</sup>. El objetivo es evitar que delitos que lesionan bienes jurídicos supranacionales y vulneran derechos fundamentales<sup>269</sup> puedan quedar impunes ya sea por la pasividad del Estado en el que se cometen, o bien porque para su erradicación no basta con la persecución aislada de este territorio, sino que se requiere la persecución conjunta de toda la comunidad internacional y por ende, de los Estados que la componen. Es el caso de la ablación genital.

En nuestro ordenamiento jurídico este principio se encuentra previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ, en el que se incluye el listado taxativo de los delitos que, en virtud de acuerdos internacionales, Convenios o Tratados de los que España es parte, los tribunales pueden conocer fuera de nuestras fronteras. No obstante, esta enumeración no incluía la MGF, lo que impedía el conocimiento de la justicia española cuando se cometieran en el extranjero. Este obstáculo trató de ser superado por quienes consideraban que la ablación podía encajar dentro de la cláusula abierta del apartado g)<sup>270</sup>, o bien por quienes consideraban que España era competente para conocer de

---

<sup>267</sup> Extracto de la Resolución de 26 de agosto de 2005 contenida en SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina” en *RDUNED*, núm. 11, 2012, pág. 881.

<sup>268</sup> BUJOSA VADELL, L.M., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española” en *La Ley*, núm. 7298, 2009, pág. 1618; TRILLO NAVARRO, J.P., “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4. g) LOPJ” en *La Ley*, núm. 6354, 2005, pág. 1068; SERRANO TÁRRAGA, M.D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina” en *RDUNED*, núm. 11, 2012, pág. 882.

<sup>269</sup> OLLÉ SESÉ, M./LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma del principio de Justicia Universal” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 83, 2011, pág. 8.

<sup>270</sup> Apartado g) del artículo 23.4 de la LOPJ con anterioridad a la reforma de LO 3/2005, establecía que: “Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. En atención a esta cláusula ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, págs. 1397-1398, considera que los tribunales españoles serán competentes para conocer las ablaciones genitales que se cometan en el extranjero al haber ratificado el Estado diversos convenios en los que se prohíbe toda discriminación por razón de sexo y se insta a la adopción de todas las medidas necesarias para erradicar la MGF. Sin embargo, como bien señala LLABRÉS FUSTER,

aquellos delitos que, aún consumados en el extranjero, eran “gestados” dentro de sus fronteras<sup>271</sup>. Sin embargo, ambas posturas deben ser consideradas incorrectas en tanto que suponen una extralimitación de la jurisdicción española.

Ante el impedimento de conocer de las MGF llevadas a cabo en el extranjero con la normativa existente en ese momento, el legislador decide modificar el contenido de este precepto, de manera que la ablación genital pase a ser uno de los delitos perseguibles de forma extraterritorial.

## 2.2. *Las reformas legislativas de la LOPJ en relación con la ablación genital.*

La persecución de la MGF, al amparo del principio de justicia universal se contempla por primera vez en la LOPJ en el año 2005, a través de la LO 3/2005, de 8 de julio<sup>272</sup>. Esta norma introduce, mediante su artículo único, un nuevo epígrafe g) en el

---

A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 73, “una cosa es que España haya suscrito diversos instrumentos enderezados a la protección de la integridad física o la salud de las mujeres y de las niñas (lo cual puede comportar la obligatoriedad de la adopción de medidas de distinto orden encaminadas a la punición de las mutilaciones) y otra muy distinta que esos convenios hayan atribuido a los tribunales españoles la competencia para conocer de esos hechos cuando los mismos son cometidos en el extranjero”. En este mismo sentido, ADAM MUÑOZ, M.D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, págs. 1485-1486, para la perseguibilidad extraterritorial de este delito es una *conditio sine qua non* la existencia previa de un convenio específico en esta materia por el que España quede obligada internacionalmente en cuanto a su persecución.

<sup>271</sup> Esta postura fue defendida por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien alegaba que los progenitores que llevaban a sus hijas al extranjero para someterlas a la ablación sabían perfectamente que de este modo eludían la acción de la Justicia española. Por tanto, a efectos jurídicos, el Ministerio Fiscal entendía que el delito comenzaba a gestarse en España y ello otorgaba competencia a nuestro Estado para perseguirlo más allá de nuestras fronteras. Para ADAM MUÑOZ, M.D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pág. 1485 esta tesis resulta muy forzosa. En el mismo sentido, ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, pág. 1401, recuerda que el criterio de la ubicuidad autoriza a los tribunales españoles para conocer aquellos hechos delictivos que se desarrollen en España, a pesar de que el resultado se produzca en el extranjero. Sin embargo, los “viajes de vacaciones” que realizan los inmigrantes para cometer MGF no encaja en este criterio, en tanto que la ejecución del delito y el resultado del mismo se producen fuera de nuestras fronteras. Por tanto, no cabe sostener la competencia de los tribunales, ya que ello vulneraría la regulación de la LOPJ.

<sup>272</sup> En su Exposición de Motivos, la norma sostiene que: “*El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos (...)*. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados Parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres”. Añadiendo que “en esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la

artículo 23.4 de la LOPJ<sup>273</sup>, por el que la MGF pasa a formar parte del listado de delitos que afectan a la comunidad internacional, habilitando a los tribunales para perseguir la ablación en aquellos casos en los que se cometa en el extranjero siempre que el responsable se encuentre en España. Esta redacción se mantuvo en la posterior reforma de la LOPJ del año 2009, tras la aprobación de la LO 1/2009, de 3 de noviembre<sup>274</sup>.

Estas reformas, que pueden considerarse como un avance positivo en la lucha por la eliminación de la ablación genital se vio perjudicada con la introducción de la LO 1/2014, de 3 de noviembre, por la que se modifica la LOPJ, reformando los apartados 2, 4 y 5 de su artículo 23 e introduciendo un nuevo apartado 6<sup>275</sup>. Podría considerarse a priori que la entrada en vigor de esta norma conllevaría consecuencias positivas para perseguir la MGF, al ser ésta una modalidad de violencia contra la mujer y al reafirmarse el Estado mediante la Exposición de Motivos de esta ley en su compromiso por eliminar esta violencia<sup>276</sup>. Sin embargo, en la práctica esta reforma ha supuesto un grave retroceso, en tanto que excluye de la justicia universal la persecución de la ablación genital<sup>277</sup>.

Esta restricción se superó con la entrada en vigor en España del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011<sup>278</sup>, que insta a los Estados a que adopten las medidas legislativas necesarias para garantizar su competencia en los casos de MGF. De este modo, España pasó a ser competente para conocer y enjuiciar los casos de ablación

---

mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”. <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24457-24457.pdf>

<sup>273</sup> Artículo 23.4.g) de la LOPJ tras la entrada en vigor de la LO 3/2005: “4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...) g) *Los relativos a la mutilación genital femenina*, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”. De este modo, el anterior apartado g) pasa a ser el nuevo apartado h).

<sup>274</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 25.

<sup>275</sup> <https://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf>

<sup>276</sup> Exposición de Motivos de la LO 1/2014, de 13 de marzo: “(...) se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. *Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)*”.

<sup>277</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 31.

<sup>278</sup> Publicada en el BOE el 6 de junio de 2014.

<https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>

fuera de las fronteras en cumplimiento del requisito 1) del artículo 23.4 de la LOPJ<sup>279</sup>. Del mismo modo lo interpretó la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional<sup>280</sup>.

La jurisdicción española no ostenta carácter absoluto ya que su actuación extraterritorial queda limitada a situaciones concretas. De este modo, la ley exige que se constate una conexión entre el conducta delictiva realizada y España, para que éste pueda conocer del asunto extranjero. Este requisito concurrirá siempre que concurra al menos una de las siguientes circunstancias: Que el responsable sea español o extranjero con residencia habitual en España; O, que la víctima sea española o extranjera con residencia habitual en España y que el responsable se encuentre en España.

Por consiguiente, los tribunales nacionales no podrán actuar cuando el autor sea un extranjero sin residencia legal en España, o cuando éste no se encuentre en España, a pesar de que la víctima sea española<sup>281</sup>. A estas restricciones debe añadirse además la contemplada en el nuevo apartado 6 del analizado precepto<sup>282</sup>, en el que se requiere la existencia de la interposición previa de una querrela por parte del perjudicado o del Ministerio Fiscal para que se pueda iniciar el procedimiento penal.

Bajo mi punto de vista, parece que el legislador no ha tenido en cuenta que en la práctica esta última limitación supone un gran obstáculo para los tribunales, dado que normalmente las mujeres víctimas de ablación genital no denuncian los hechos, y mucho menos interponen querellas para formar parte de un proceso penal. Lo habitual

---

<sup>279</sup> Artículo 23.4. 1) de la LOPJ: “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: (...) 1) *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*”.

<sup>280</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 26. La autora alude además a la incertidumbre que rodea a los casos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2014 y antes de la ratificación del Convenio por parte de España, ya que en estos supuestos podría limitarse la competencia de los tribunales españoles en aplicación de la Ley penal más favorable.

<sup>281</sup> SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, págs. 25-26; MESTRE DELGADO, E., “Justicia universal (o no)” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 108, 2014, pág. 4.

<sup>282</sup> Apartado 6 del artículo 23 de la LOPJ: “Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.

es que sus efectos no se pongan en conocimiento de las autoridades españolas hasta que se someten a una revisión ginecológica, e incluso en ese momento, se nieguen a iniciar un procedimiento entendiendo que se trata de una costumbre más de su comunidad. Esta situación se agrava en el caso de los menores, que asumen la lesión como una intervención cultural que sus madres también padecieron en su momento, sin ser conscientes de que no tienen obligación de soportarla<sup>283</sup>.

En definitiva, considero que a grandes rasgos debe valorarse positivamente la reforma de la LOPJ en aras de expandir el principio de universalidad y habilitar a los tribunales españoles a perseguir la MGF, a pesar de que todavía quede mucho camino por recorrer antes de que el Ordenamiento español garantice la persecución efectiva de esta conducta delictiva.

### 3. El derecho al asilo por razón de género.

Además de las mencionadas medidas para perseguir y castigar la práctica de la MGF, España también ha adoptado medidas de carácter preventivo destinadas a proteger a aquellas niñas y mujeres que se encuentren en riesgo de sufrir la ablación. Entre ellas, la más significativa es la concesión del derecho de asilo por razón de género<sup>284</sup>. A continuación, haremos una referencia sucinta a los elementos básicos de esta medida.

Atendiendo a la normativa internacional<sup>285</sup> y al mandato del artículo 13.4 de la CE<sup>286</sup>, el legislador introduce en nuestro ordenamiento el derecho al asilo mediante la

---

<sup>283</sup> En el mismo sentido, ROSSELL GRANADOS, J., “La mutilación genital femenina en España” en MOTILLA DE LA CALLE, A.: *Los musulmanes en España: Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 243; VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España” en *Revista de estudios jurídicos*, núm. 14, 2014, pág. 17; SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, pág. 27.

<sup>284</sup> VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España” en *Revista de estudios jurídicos*, núm. 14, 2014, pág. 10.

<sup>285</sup> El derecho de asilo se prevé en la DUDH (artículo 14) y, muy especialmente, en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 y, en el ámbito comunitario, en la Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, de 29 de abril de 2004. CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 17, 2008, pág. 3; MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J. / KRESSOVA, N. (Coords.): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2185.

<sup>286</sup> Artículo 13.4 de la CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y Condición de Refugiado y el RD 511/1985, de 20 de febrero por el que se promulga su Reglamento. Esta norma fue modificada posteriormente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo y por su Reglamento, aprobado por el RD 203/1995, de 10 de febrero<sup>287</sup>. Sin embargo, esta normativa no contemplaba expresamente el género como una causa de persecución, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (en vigor a día de hoy)<sup>288</sup>.

Así, el derecho de asilo es la protección que otorga España a los nacionales no comunitarios o a los apátridas que tengan reconocida su condición de refugiada conforme a la normativa internacional y a la legislación española<sup>289</sup>. Además, el reconocer la condición de refugiada en su artículo 3, la norma contempla la posibilidad de que el beneficiario del derecho sean aquellas mujeres que huyan de sus países de origen o a las apátridas, cuando lo hagan por temor a ser perseguidas por razón de género<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> ADAM MUÑOZ, M.D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, pág. 1487; VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España” en *Revista de estudios jurídicos*, núm. 14, 2014, pág. 11, añade que la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce una nueva disposición adicional tercera en la Ley 5/1984, en la que se mencionaba que: “Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por razón de género”.

<sup>288</sup> El preámbulo de la Ley 12/2009 señala que: “El Título I se dedica a los requisitos que deben cumplirse para dar lugar a la concesión del derecho de asilo derivado del reconocimiento de la condición de persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria. (...) Es en este Título en el que encuentran cabida algunos de los aspectos más innovadores de la Ley, con especiales referencias a la dimensión de género en relación con los motivos que, en caso de existir persecución, pueden conducir a la concesión del estatuto de refugiado (...)”. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>

<sup>289</sup> Artículo 2 de la Ley 12/2009: “El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>

<sup>290</sup> Artículo 3 de la Ley 12/2009: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, *de género* u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”. Este precepto debe ser puesto en conexión con el precepto 7 del mismo cuerpo legal en el que al hacer referencia de los motivos de persecución se indica que: “1. Al valorar los motivos de persecución se tendrán en cuenta los siguientes elementos: e) se considerará que un grupo constituye un grupo social determinado (...) Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por

En el mismo sentido lo ha entendido la jurisprudencia española, declarando que procede reconocer el asilo a aquellas mujeres que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, más concretamente, a "aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral"<sup>291</sup>. Por tanto, teniendo en cuenta que la MGF es una de las modalidades más graves de discriminación por razón de género, en tanto que conlleva un acto de violencia contra la mujer que es ejercida en el contexto de una sociedad patriarcal con el ánimo de subordinarla al varón<sup>292</sup>, debe entenderse que la ablación se encuentra amparada por el derecho de asilo.

Por tanto, es uno de los ejemplos más aberrantes de persecución por razón de género y ello justifica la protección del asilo a las mujeres que lo soliciten por temor a sufrirla. En consecuencia, no acoger u obligar a una mujer de este perfil a regresar a su país de origen supone una vulneración de los Derechos Humanos<sup>293</sup>.

Por otro lado, el derecho de asilo presentaba dos cuestiones controvertidas. En primer lugar, la ley exige que los motivos de persecución sean examinados atendiendo *las circunstancias imperantes en el país de origen*. Ello podría conllevar que el reconocimiento de protección se limitara a aquellos Estados en los que la MGF no estuviese prohibida, cuando se sabe que en muchos territorios africanos la población

---

motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo”, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>

<sup>291</sup> Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. Entre otras, la STS (15/06/2011) núm. 4013/2011, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la SAN (13/01/2009) núm. 377/2009, que reconoce la condición de refugiada y el derecho de asilo de una mujer argelina víctima de ablación genital. En el mismo sentido, las SSTs (06/10/2006) núm. 5931/2006, (07/07/2005) núm. 4592/2005 y (31/05/2005) núm. 3485/2005, en las que se defiende que “una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo”.

<sup>292</sup> ACNUR, Directrices sobre protección internacional núm. 1: Persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y su Protocolo relativo al estatuto de los refugiados de 1967, 7 de Mayo de 2002, (HCR/GIP/02/01).

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>

<sup>293</sup> No obstante, MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2186, recuerda que este reconocimiento sólo tendrá cabida en aquellos casos en los que se acredite el carácter persecutorio y el fundamento del temor, que deberá ser lo suficientemente grave por su naturaleza, de conformidad con el artículo 6 de la ley.

práctica la ablación como parte de una tradición, a pesar de que su Estado la condene. El TS se ha pronunciado sobre este planteamiento indicando que se podrá conceder asilo a aquellas mujeres que sean perseguidas para ser mutiladas, incluso aunque el Estado del que escapan la prohíba, siempre que existan dudas sobre la protección que otorga ese país<sup>294</sup>. En segundo lugar, nos planteamos si podría solicitarse esta protección cuando la mujer ya ha sido mutilada. El TS ha entendido que partiendo de las consecuencias atroces que padecen las víctimas mutiladas procede concederles este derecho por perdurar los temores de persecución<sup>295</sup>.

De este modo, la jurisprudencia española ha ido evolucionando e interpretando la normativa en aras de proteger a las mujeres, que a día de hoy siguen siendo discriminadas por el mero hecho de serlo. Ello supone, en definitiva, un pequeño avance para alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres.

## **V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE MUTILACIÓN GENITAL.**

La MGF no es una materia que haya sido tratada de manera habitual por los tribunales españoles. Hubo que esperar hasta el año 2011 para que España conociera el primer caso de MGF, que dio lugar a la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011<sup>296</sup>. A día de hoy han sido cinco los supuestos analizados por los órganos judiciales sobre esta materia, dando lugar a nueve sentencias en las que se han tratado los tres tipos principales de MGF<sup>297</sup>. A lo largo de este apartado expondremos los aspectos más destacables de estas resoluciones judiciales. En concreto, aludiremos a los siguientes

---

<sup>294</sup> STS (06/10/2006) núm. 6597/2003 reconoce el asilo a una mujer nigeriana, a pesar de que la MGF esté prohibida en Nigeria entendiéndose que “existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital”.

<sup>295</sup> STS (11/05/2009) núm. 2781/2009 reconoce el asilo a una mujer nigeriana mutilada obligada a contraer matrimonio indicando que “abandonar la familia supone la exclusión social y económica para la mayor parte de los nigerianos y particularmente para las mujeres. Véase igualmente, MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./KRESSOVA, N. (Coords.): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pág. 2188.

<sup>296</sup> Cuyo fallo fue confirmado posteriormente por la STS (31/10/2012) núm. 835/2012.

<sup>297</sup> De este modo, encontramos tres supuestos de MGF de Tipo I o *clitoridectomía* resueltos por la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 confirmada posteriormente por la STS (31/10/2012) núm. 835/2012, la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 confirmada por la STS (08/05/2014) núm. 399/2014, y la SAN (24/02/2014) núm. 5/2014; uno de Tipo II o *escisión* recogido en la SAP Barcelona (14/06/2013) núm. 735/2013; y otro de Tipo III o *infibulación* analizado por las SSAN (24/07/2012) núm. 36/2012 y (04/04/2013) núm. 9/2013, anulada posteriormente por la STS (16/12/2013) núm. 939/2013.

aspectos: a) la exigencia de ánimo específico en la comisión del tipo, b) la inexistencia de autoría penalmente relevante en los progenitores y c) la admisión del error de prohibición en las conductas, siendo diversos los pronunciamientos de los tribunales acerca de esta posibilidad. Con lo que respecta a este último elemento, haremos una doble diferenciación, por lo que respecta a la posibilidad de aplicar o no un error de prohibición.

### **1. Exigencia de ánimo específico en la comisión del tipo.**

Así lo entendió la AP de Barcelona, que amparada en una interpretación histórica de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, no aplica el artículo 149.2 del CP en un supuesto de escisión (amputación parcial de clítoris y labios menores) por considerar que el precepto "tiene por objeto únicamente combatir esas inaceptables prácticas culturales, pero no supuestos como el de los autos", en el que el autor muere y mutila parcialmente los genitales de su pareja sentimental con la intención de vengarse de ella, al sospechar que ésta le era infiel<sup>298</sup>. Esta resolución es muy singular porque es la única que se ha pronunciado sobre esta cuestión.

Bajo mi punto de vista esta interpretación resulta errónea ya que el Tribunal olvida que a la hora de encajar la conducta en el tipo penal, resultan irrelevantes los motivos que hayan interferido en el caso concreto<sup>299</sup>, debiendo tenerse en cuenta únicamente la concurrencia de los elementos que componen el delito. Así pues, el hecho de que la MGF se realice mayoritariamente por sujetos que actúan motivados por una cultura o tradición distinta a la existente en España, no significa que la imputación de este delito deba limitarse exclusivamente a los supuestos en los que concurren estas razones<sup>300</sup>.

### **2. La inexistencia de autoría penalmente relevante en los progenitores.**

A tales efectos destaca la SAN (24/02/2014) núm. 5/2014, en la que dos progenitores de origen gambiano, investigados por la mutilación genital de sus dos hijas

---

<sup>298</sup> SAP Barcelona (14/06/2013) núm. 735/2013 condena a cinco años de prisión al sujeto aplicando un delito de lesiones del artículo 150 del CP y la circunstancia agravante de parentesco prevista en el artículo 23 del mismo cuerpo legal, con la prohibición de aproximarse a la víctima por un período de seis años.

<sup>299</sup> Prueba de ello es la SAP Albacete (17/10/2007) núm. 22/2007 en la que se condena al investigado por proponer la comisión de un delito de mutilación genital a dos sujetos, al ofrecerles una cantidad pecuniaria para que secuestraran a su ex pareja, le dieran una paliza y le amputaran el miembro viril.

<sup>300</sup> Véase, apartado 1.2.3 del punto IV del presente estudio.

menores, fueron absueltos dado que ambas MGF fueron realizadas en su país de origen por la abuela materna, sin el conocimiento ni consentimiento de ninguno de ellos. La madre viajó a Gambia con sus cuatro hijos, permaneciendo el padre en España por motivos laborales. Una vez allí, la investigada dejó a los menores bajo el cuidado de su abuela materna mientras visitaba a unos familiares en una zona rural cercana, momento que la abuela materna aprovechó para practicar la MGF a sus dos nietas. El Tribunal consideró que no procede considerar a los investigados responsables penales, en tanto que su deber de cuidado no pudo exigirles que actuaran de forma distinta a la realizada.

El objetivo de esta sentencia era determinar si los progenitores podían ser autores de un delito de mutilación genital en comisión por omisión<sup>301</sup>, lo que significaría que su no hacer equivaldría a la conducta de mutilar, tal y como exige el artículo 149.2 del CP. Pues bien, la AN rechazó esta equiparación al entender que el deber de garante que poseen los progenitores sobre sus hijas mutiladas no es tan extenso como para exigirles responder por el delito ya que no consintieron la mutilación y dejaron a la niña al cuidado de su abuela, persona en la que confiaban y de la que no podían dudar que hiciera un mal a sus nietas<sup>302</sup>. Por tanto, para este órgano judicial la posición de garante no hace que su omisión adquiriera valorativamente la misma trascendencia que la acción de mutilar.

### **3. La admisión del error de prohibición.**

En tercer lugar, los tribunales han analizado la incidencia que tiene la colisión cultural producida entre los valores del extranjero infractor y los del ordenamiento

---

<sup>301</sup> Aunque no sea objeto del presente estudio, debe tenerse en cuenta que en el caso de la MGF se utiliza un concepto de autor amplio, que recoge tanto la autoría *comisiva* de los artículos 28 y 29 del CP, como la modalidad omisiva, esto es, la *comisión por omisión* prevista en el artículo 11 del mismo cuerpo legal, derivada de la figura de garante que los progenitores ostentan con respecto a sus hijas en virtud de la normativa civil.

<sup>302</sup> La AN considera que no concurre el elemento culpabilístico que junto a la antijuridicidad típica conformarían el ilícito penal en tanto que “es cierto que a los acusados como padres de las menores les corresponde un deber de cuidado para con las mismas por disposición del artículo 154 párrafo. 2 del CC (...), situándoles en una posición de garantes de las que contempla el artículo 11 del CP, si bien tal deber de cuidado no puede comportar en el presente caso y acreditado que los padres no consentían, ni querían la mutilación, sino que eran contrarios a ello, el que la familia no viajara a Gambia, país de origen donde residen los familiares más directos, lo que sería llegar al extremo de romper los lazos con el resto de la familia por la mera sospecha de que ocurriera la mutilación. Por otra parte tampoco puede tildarse omisión del deber de cuidado el que la acusada dejara a sus hijos, en su ausencia suficientemente explicada por visita a primos, al cuidado de la abuela, persona que indudablemente goza de su confianza y de la que no podía dudar de que hiciera un mal a sus nietas. El deber de cuidado de los acusados como padres no puede exigir otra conducta que la realizada: permitir el viaje y en Gambia estar al cuidado de la abuela, comportando ello como decimos la ausencia absoluta de culpa (...)”.

jurídico, señalando que no es posible eximir de responsabilidad penal a un sujeto por el mero hecho de pertenecer a una cultura distinta. Para ello, los tribunales se amparan en lo dispuesto en normativa internacional y comunitaria y, especialmente, a la legislación española, más concretamente, en el artículo 3.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y en la Exposición de Motivos de la LO 3/2005, de 8 de julio<sup>303</sup>.

Ante esta situación, en la esfera de la culpabilidad es frecuente elaborar una estrategia de defensa sustentada en la aplicación de un error de prohibición, ya sea vencible o invencible, ex artículo 14.3 del CP. A tales efectos, lo primero que debe tenerse en cuenta es que la diferencia cultural tampoco tiene encaje dentro del error de prohibición dado que en España no se prevé un error de prohibición *culturalmente condicionado*<sup>304</sup>.

El error de prohibición ha sido definido por los tribunales como un "reverso de la conciencia de la antijuridicidad, 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 o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando

---

<sup>303</sup> En consecuencia puede decirse que la jurisprudencia española ha apoyado la postura defendida por la doctrina (que ya expusimos anteriormente en el presente estudio). De este modo, la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 manifiesta que "no resulta hacedero justificar tales prácticas alegando un conflicto de conciencia, ya que de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisión de conductas anárquicas" añadiendo que "el Estado no puede admitir, bajo el alegado de la libertad de conciencia o el abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según los criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual" ya que "el respeto a tales costumbres y tradiciones tiene como límite allí donde se produzcan comportamientos aberrantes e inaceptables para nuestro entorno cultural" como la MGF. En el mismo sentido se han pronunciado la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 y la SAN (04/04/2013) núm. 9/2013.

<sup>304</sup> La SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 cita para fundamentar su postura la STS (02/04/2009) núm. 336/2009, en la que se señala que "el Estado, titular del *ius puniendi*, se muestra partidario a reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no suponga negar vigencia objetiva a las normas objetivas, pues esa vigencia no puede depender de creencias u opiniones subjetivas individuales". Por su parte, la STS (31/10/2012) núm. 835/2012, unido también a la colisión cultural anteriormente indicada, sostiene que "uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. (...) Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. Tanto el recurrente como la propia sentencia se refiere a esta situación en referencia a la ablación del clítoris al afirmar que es una práctica cultural de su país de origen. Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del '*error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto*', porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones".

lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal<sup>305</sup>. Por tanto, para poder apreciar esta causa de exculpación habrá que atender al conocimiento que tenga el autor de la antijuridicidad de su conducta, resultando irrelevante que la acepte o no como tal<sup>306</sup>.

De este modo, no podrá aplicarse el error cuando la MGF se practique tratando de eludir la justicia española, ya sea aprovechando un viaje vacacional al país de origen, o realizándolo clandestinamente dentro del territorio español, ya que ello conlleva el conocimiento previo de la antijuridicidad de la conducta<sup>307</sup>. Ni tampoco cuando el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad o cuando desconozca la norma concreta infringida<sup>308</sup>.

Asimismo, a pesar de que la jurisprudencia reconozca también la modalidad indirecta, en los casos de MGF atenderemos al error de prohibición *directo*. Es decir, de supuestos en los que los autores, generalmente progenitores extranjeros domiciliados en España, llevan a cabo o consienten la MGF en sus hijas menores de edad, desconociendo que esa práctica constituye un delito<sup>309</sup>.

Para la apreciación de un error de prohibición los tribunales atienden al nivel de *arraigo* de los investigados a España, esto es, los años que llevan residiendo en este

---

<sup>305</sup> SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 con cita en la STS (02/04/2009) núm. 336/2009, SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 y SAN (04/04/2013) núm. 9/2013.

<sup>306</sup> SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011.

<sup>307</sup> Así lo establece la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 al establecer que “la nula eficacia de esa pretendida causa de justificación se deriva de la sedicente coartada alusiva a la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, aduciendo que la operación se practicó allende de nuestras fronteras, lo que revela y denota el conocimiento previo por parte del infractor de la existencia del mandato normativo imperativo, así como su práctica en la clandestinidad que supone un juicio acerca del conocimiento previo de la antijuridicidad que hace desaparecer el sedicente error de prohibición, máxime cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida”.

<sup>308</sup> SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013. En el mismo sentido, la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 en la que se sostiene que: “queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad de lo que es un proceder contrario a Derecho [STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre [(RJ 1997, 6830)], bastando incluso con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto [STS 16 marzo 1994 ( RJ 1994, 2319)]. No es exigible que el autor conozca, de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que basta con el conocimiento propio de un profano en la materia de que se trate”.

<sup>309</sup> Esto sucede, por ejemplo, en el caso de SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013, SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 y las SSAN (24/07/2012) núm. 36/2012 y (04/04/2013) núm. 9/2013.

país, el conocimiento que tienen del idioma, su relación con individuos nacionales, si ha desempeñado un puesto de trabajo durante el período de residencia, etc.<sup>310</sup>.

Una vez determinada su existencia, los tribunales realizan el correspondiente *juicio de vencibilidad* con base en tres circunstancias del infractor: las condiciones psicológicas, la cultura y las posibilidades de instrucción asesoramiento o de acudir a un médico que le permitiera conocer la antijuridicidad de su conducta<sup>311</sup>.

La necesidad de resolver cada asunto de MGF de manera casuística, para que puedan atenderse correctamente las circunstancias concretas de cada investigado, han conllevado en la práctica a que los tribunales fallen de diversas formas: admitiendo o no, con carácter individual en todos los casos, la aplicación de un error de prohibición.

### 3.1. *La existencia de error de prohibición.*

Dentro de este grupo encontramos la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 por la que se condena a dos progenitores originarios de Gambia como coautores de dos delitos de mutilación genital a seis años de prisión por cada uno de ellos. El Tribunal entró a valorar la apreciación de un error de prohibición, atendiendo para ello al arraigo de los investigados y consideró que no cabía apreciar dicho elemento en ninguno de los investigados, imponiéndoles una pena de prisión de seis años por cada uno de los delitos<sup>312</sup>.

Cabe destacar que en el fallo no se hace referencia alguna a la pena de inhabilitación prevista en el artículo 149.2 del CP, dado que esta tiene carácter facultativo, no preceptivo, y por tanto, la AP *puede* imponerla cuando lo estime adecuado para el interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial

---

<sup>310</sup> Este es el criterio que se ha seguido en la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013, la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 y en las SSAN (24/07/2012) núm. 36/2012 y (04/04/2013) núm. 9/2013. La jurisprudencia no menciona ninguno de los criterios de apreciación del error previstos en la doctrina, como pueden ser, los *motivos* previstos por la tesis de preventiva (expuesta en el anterior apartado del presente estudio).

<sup>311</sup> SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 y SAN (04/04/2013) núm. 9/2013.

<sup>312</sup> En este caso, los progenitores estarían dispuestos a que a ambas niñas, llegado el momento clínico adecuado, se sometieran a sendas intervenciones quirúrgicas de reconstrucción de clítoris. Esta promesa de futuro comportamiento reparador no fue tenido en cuenta a efectos de atenuar la penal en virtud del artículo 21.5 del CP pero, unido a la ausencia de antecedentes penales, sirvió para que la AP les impusiera la pena mínima prevista en el artículo 149.2 del CP por cada una de las ablaciones genitales, esto es, seis años. Esta condena fue confirmada posteriormente por la STS (08/05/2014) núm. 399/2014.

protección, no siendo éste el caso. En la práctica, ninguna de las sentencias sobre MGF ha aplicado esta pena<sup>313</sup>.

Con respecto a la apreciación del error de prohibición, debe tenerse en cuenta que ambos progenitores llevaban residiendo en España durante un largo período de tiempo (desde hace veintidós años en el caso del padre y desde 1998 en el caso de la madre), ambos se encontraban plenamente integrados en la cultura española y las niñas nacieron y se encontraban escolarizadas en Barcelona. El arraigo se evidencia especialmente en el caso del padre, que tenía pleno conocimiento del castellano y había realizado varios empleos. Por su parte, la madre era la encargada de bañar y asear a las niñas, había acudido a tutorías escolares y a los Servicios Sociales, donde fue informada de que la MGF constituía un delito en España y se mostró reacia a que sus hijas se sometieran a exploraciones médicas<sup>314</sup>.

Por todo ello, la AP desestimó la apreciación de un error de prohibición por considerar que siendo la integración social importante, ambos investigados conocían de la antijuridicidad de su obrar.

### *3.2. La apreciación (individual) del error de prohibición.*

Pero no siempre los tribunales han fallado imponiendo idéntica pena a ambos progenitores. Como anteriormente mencionamos, ha habido sentencias en las que el órgano judicial ha considerado que cabe apreciar el error de prohibición únicamente en uno de los investigados. En este sentido, son dos los supuestos que merece la pena analizar.

a) En primer lugar, es posible incluir en este grupo la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011, por la que se determina la responsabilidad criminal de dos progenitores

---

<sup>313</sup> Esta medida sólo se menciona en el FJ 7.º de la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013, en el que se rechaza su procedencia porque “dicha pena no fue postulada expresamente por el Ministerio Fiscal, y, por ende, no fue objeto de efectivo debate dialéctico en el seno del proceso, ni en el juicio oral, por lo que, teniendo en cuenta el principio de contradicción, de defensa e intermediación, y, sin que tampoco las menores hayan sido exploradas ni oídas en este juicio, considera el Tribunal que no procede pronunciarse acerca de la dicha pena de inhabilitación que debe tener una aplicación sumamente restrictiva, y, ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal, por mientras no alcancen las menores la mayoría de edad, inste las medidas concernientes a su tutela que considere más idóneas en orden al interés de la menores que es el prevalente y el prioritario y el más digno de protección”. Asimismo, sobre la naturaleza potestativa de la pena de inhabilitación, véase 1.2.4. del Punto IV del presente estudio.

<sup>314</sup> FJ 4.º de la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013.

gambianos residentes en España por la MGF de Tipo I sufrida por su hija menor de un años de edad. En este caso hay que distinguir la situación de ambos progenitores, al presentar niveles de arraigo totalmente distintos.

El padre de la víctima llevaba residiendo diez años en España en el momento de los hechos, tenía un perfecto conocimiento del idioma castellano y se relacionaba con personas ajenas a su nacionalidad. Todo ello hace razonable considerar que el investigado se hallaba plenamente integrado en la cultura española y que tenía conocimiento de la antijuridicidad de la MGF. Además, el propio investigado reconoció en su declaración ante el Juez Instructor que "todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España, que cada país se rige por sus leyes y que nadie iba a poner su cabeza aquí en España para hacer eso"<sup>315</sup>.

Por tanto, la AP consideró que el investigado conocía la antijuridicidad de su conducta aunque no quisiera aceptarla como tal por el peso de sus creencias o la presión de su comunidad, lo que imposibilita la aplicación de un error de prohibición, condenando a éste a la pena de seis años de prisión<sup>316</sup>.

No obstante, el Tribunal sí aplica un error de prohibición vencible en el caso de la madre, alegando que sus condiciones eran cualitativamente diferentes a la de su cónyuge. Ella llegó a España pocos meses antes de que su hija fuera sometida a la ablación genital y no consta que conociera la ilicitud de una práctica tan arraigada en su país de origen y que ella consideraba no sólo normal sino también necesaria para ser aceptada por la comunidad<sup>317</sup>. Además, presentaba un desconocimiento completo del castellano y únicamente se relacionaba con un grupo cerrado de gambianos residentes en su localidad y consideró necesaria la MGF para que su hija fuese aceptada por éste o bien la consintió presionada por sus compatriotas. En consecuencia, la AP entendió que actuó creyendo (erróneamente) que obraba lícitamente.

---

<sup>315</sup> FJ 2.º de la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011.

<sup>316</sup> Esta condena fue recurrida en casación, por entender el letrado de los investigados que cabía apreciar un error de prohibición en el caso del padre. No obstante, la Sala Segunda del TS falló confirmando la sentencia de la AP mediante su STS (31/10/2012) núm. 835/2012.

<sup>317</sup> Señala la sentencia en su FJ 2.º que "los valores culturales de las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres que cualquier mujer que no haya pasado por esta 'purificación' (la amputación del clítoris implica para ellos 'limpieza' y 'pureza'), no es útil para el matrimonio y no tiene ninguna posibilidad de inserción normal en su sociedad de origen o en los grupos más o menos numerosos de compatriotas que se forman en el país de residencia".

Para determinar la vencibilidad del error, se tuvieron en cuenta las condiciones psicológicas, la cultura de la mujer y las posibilidades que se le ofrecieran informarse sobre la antijuridicidad de la MGF. Valorados estos tres elementos, la AP estableció que el error de prohibición era vencible ya que la investigada pudo haber consultado a su cónyuge sobre la licitud de la ablación. En consecuencia, se rebajó en dos grados la sanción penal prevista en el artículo 149.2 del CP y se le impone una pena de prisión de dos años.

b) En segundo lugar, no podemos olvidar el supuesto que, a mi juicio, resulta más interesante. El asunto es el siguiente: el día 16 de agosto de 2010 dos progenitores de origen senegalés acudieron con su hija (nacida en Senegal, en el año 2006) a una revisión médica y se detecta que la menor ha sufrido una MGF de Tipo III<sup>318</sup>, hacía dos años. Ante esta situación, se inician dos procedimientos penales diferenciados para determinar la responsabilidad criminal de cada uno de los progenitores como autores de un delito de mutilación genital.

Por un lado, la Sala de lo Penal de la AN enjuició al padre de la víctima, lo que dio lugar a la SAN (24/07/2012) núm. 36/2012. Se trata de una resolución judicial muy escueta, en la que se absuelve al investigado del delito de mutilación que se le imputaba, al no haberse acreditado que tuviera conocimiento de la ablación genital sufrida por su hija.

Como se desprende de los hechos probados, el progenitor, inmigrante senegalés, vino a trabajar a Cataluña en el año 1999, dejando en su país a su cónyuge y permaneció en dicho territorio cuando nació su hija (en el año 2006), a quien le practicaron una MGF sin que éste tuviera conocimiento de ello. Pues bien, la AN considera que no existe ningún dato que evidencie que el investigado acordó la práctica de la MGF con el autor material, lo que excluye cualquier tipo de autoría ya que el autor viajó a Senegal

---

<sup>318</sup> Concretamente, en los hechos probados de la SAN (04/04/2013) núm. 9/2013 se alude a que la víctima presenta una “extirpación del clítoris y adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisará tratamiento quirúrgico”.

en contadas ocasiones y tampoco se ha probado que se pusiera en contacto con el autor material de los hechos<sup>319</sup>.

Y, por otro lado, el mismo órgano judicial entra a valorar la responsabilidad penal de la madre de la víctima, que determinará a lo largo de un procedimiento de mayor complejidad que concluirá a través de la SAN (04/04/2013) núm. 9/2013.

En la mencionada resolución judicial, costa como hecho probado que la MGF "fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal". Esta circunstancia, unida al tipo penal cometido, a la temprana edad de la víctima y al vínculo materno-filial existente a efectos penales conlleva a imputar a la progenitora el delito de mutilación genital como autora (en concepto amplio)<sup>320</sup>. Queda acreditado además que la investigada era conocedora de la ablación genital, en tanto que al ser informada por los profesionales sanitarios de la lesión de la niña, no mostró sorpresa ninguna.

Ante esta situación, la AN entra a valorar la posible apreciación de un error de prohibición y decide aplicarlo, entendiendo que la investigada desconocía que la MGF tuviera transcendencia penal, no sólo en España sino también fuera de él, y por eso reaccionó con total normalidad cuando se le informó de la lesión de su hija, reconociendo incluso que ella también se sometió, en su momento, a esta práctica<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> FJ 1.º de la SAN (24/07/2012) núm. 36/2012. Además de la falta de autoría, la AN sostiene que existe una razón de política criminal para absolver al investigado, y es que cuando se introdujo el delito autónomo del artículo 149.2 del CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, "la Exposición de Motivos alude a que su razón de ser se centra en proteger a las menores que residiendo en España con sus padres inmigrantes, y sabedores éstos de la cultura y principios de nuestra sociedad, puedan olvidarse de los mismos y producir una mutilación genital cuando regresen a sus países de origen, so pretexto de su cultura ancestral", circunstancia que no concurre en el presente caso.

<sup>320</sup> FJ 2.º de la SAN (04/04/2013) núm. 9/2013, en el que se añade que "es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, -tal como la acusada insinuó-, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales. Pues esa falta de reacción o de sorpresa cuando, la acusada es informada por el enfermero, no puede obedecer sino es como consecuencia de saber la existencia de la lesión y, en su caso, de su anuencia para que ésta se produjera".

<sup>321</sup> En este caso no se tiene en cuenta para apreciar la existencia de un error de prohibición el nivel de arraigo que presentaba porque la MGF fue cometida en Senegal, en un área rural, antes de que la progenitora se trasladara a vivir a España.

A continuación, el órgano judicial analizó la entidad del error atendiendo a los tres requisitos anteriormente citados y se determinó que éste debía ser considerado como vencible, porque a pesar de que la mujer viviera en una zona rural aislada de Senegal y que no tuviese acceso a medios de información, su cónyuge, sabedor de las normas mínimas de convivencia en España, debería haberle informado sobre este extremo<sup>322</sup>.

En consecuencia, y tras la aplicación del artículo 14.3 del CP, la AN considera que procede rebajar dos grados la pena prevista en el artículo 149.2 del mismo cuerpo legal y condena a la madre a la pena de dos años de prisión.

Esta sentencia fue recurrida en casación y resuelta por la STS (16/12/2013) núm. 939/2013 por la que se anuló la SAN y se absolvió a la progenitora por considerar que el error de prohibición existente debe ser considerado como *invencible* ya que, a su juicio, "(...) no ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió. (...) Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado"<sup>323</sup>.

Contra el mencionado fallo el magistrado don Manuel Marchena Gómez formuló un voto particular, indicando que no resulta adecuado establecer que la procesada carecía de medios para informarse de la antijuridicidad de la MGF, máxime teniendo en cuenta que la República de Senegal ha suscrito las principales normas internacionales sobre el reconocimiento de la dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física, y ha asumido el compromiso jurídico de prevenir la práctica de la MGF. Por consiguiente, el voto particular sostuvo que el TS debería haber mantenido el fallo de la AN.

---

<sup>322</sup> Coincidiendo con lo previsto en la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 que también consideró la posibilidad de ser informada por el cónyuge como el criterio decisivo para determinar que el error de prohibición de la investigada era vencible.

<sup>323</sup> FJ 3.º de la STS (16/12/2013) núm. 939/2013. Esta decisión debe ponerse en conexión con lo dispuesto en su FJ 1.º en el que señala que “tampoco es posible responsabilizarla porque su marido residente varios años en España no le comunicara que en este país la ablación del clítoris es delictiva, pues si no lo hizo, como da a entender la Audiencia, la responsabilidad estaría de parte del marido, a quien afectan las mismas obligaciones derivadas de la patria potestad, y sin embargo, este último en la misma causa ha resultado absuelto, en sentencia dictada por la misma Sección en fecha 24 de julio de 2012”.

A mi juicio, la existencia de normativa supranacional y tratados internacionales contrarios a la MGF ratificados por Senegal es un dato que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar si el error de prohibición es vencible o invencible. Ahora bien, esta circunstancia no debe constituir por sí sola el elemento decisivo para afirmar que la investigada podía haberse informado sobre la antijuridicidad de la mutilación. Así pues, para que el error sea vencible, deben examinarse las posibilidades *reales* que el sujeto tenía de conocer la prohibición de su obrar, analizando sus condiciones concretas, es decir, los elementos subjetivos que envuelven el caso (su cultura, su lugar de residencia, las posibilidades que tenía de recopilar información, etc.).

La madre vivía en un área rural, en una zona sin acceso a medios de información, en una comunidad en la que la MGF sigue siendo una costumbre arraigada y que ella también padeció en su juventud. En consecuencia, a pesar de que Senegal haya adquirido compromisos jurídicos sobre la materia, lo cierto es que la investigada no podía conocer que mutilar estaba prohibido.

Por todo ello, respaldo la decisión del TS de apreciar un error de prohibición de tipo *invencible* y de excluir la responsabilidad criminal de la madre, absolviéndola del delito de mutilación genital.

### **Reflexiones finales.**

Para finalizar este apartado, quisiera incluir tres datos interesantes que he extraído de la lectura de las sentencias.

- En la mayoría de los casos examinados por los tribunales españoles la MGF tiene lugar dentro de España aunque lo normal es que esta suela realizarse fuera del territorio español aprovechando un viaje o un período de vacaciones<sup>324</sup>.

---

<sup>324</sup> Los casos en los que la MGF se ha llevado a cabo en España son la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011 confirmada posteriormente por la STS (31/10/2012) núm. 835/2012; la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013 confirmada por la STS (08/05/2014) núm. 399/2014; la SAP Barcelona (14/06/2013) núm. 735/2013. Por el contrario, los que ha tenido lugar en el extranjero son la SAN (24/02/2014) núm. 5/2014; y las SSAN (24/07/2012) núm. 36/2012 y (04/04/2013) núm. 9/2013, anulada posteriormente por la STS (16/12/2013) núm. 939/2013.

- Los letrados de la defensa no plantean la posibilidad de apreciar una causa de exención de responsabilidad del artículo 20 del CP, limitándose a solicitar la apreciación de un error de prohibición. Únicamente se plantea esta cuestión en la SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011, en la que se hace referencia a la alteración de la percepción (artículo 20.3 del CP), el miedo insuperable (artículo 20.6 del mismo cuerpo legal), y el estado de necesidad (artículo 20.5 del CP). No obstante, la AP no entra a valorar ninguna de estas circunstancias dado que éstas fueron meramente mencionadas por el letrado de la defensa, sin que se acreditara la concurrencia de los requisitos necesarios de cada una de ellas.
- Y por último, quisiera destacar que ni el Ministerio Fiscal ha solicitado ni los órganos judiciales han analizado (a excepción de la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013<sup>325</sup>) la posibilidad de aplicar la pena facultativa de inhabilitación de la patria potestad prevista en el artículo 149.2 del CP.

Me resulta sorprendente que en la jurisprudencia que hemos expuesto a lo largo de este apartado no se atienda con mayor frecuencia a esta cuestión, (aunque sólo sea para mencionar su improcedencia) y que el Ministerio Fiscal no la plantee en sus escritos de acusación. Entiendo que esto sucede porque la acusación considera que la aplicación de esta medida en los cuatro casos que hemos analizado (en los que los progenitores son los responsables de la mutilación) no resulta beneficiosa para el interés de las hijas. En ese caso, me parece correcto que no la apliquen, ya que soy partidaria de emplear esta limitación exclusivamente cuando resulte beneficiosa para el interés del menor.

Personalmente creo que es positivo que la pena de inhabilitación tenga carácter potestativo y que sea apreciada de manera restringida por los tribunales, de manera que pueda aplicarse únicamente cuando sea beneficioso para el interés de la niña mutilada. Porque una aplicación preceptiva y automática de esta pena sólo acarrearía supuestos de doble victimización. Esto es, supuestos en los que la niña padece la mutilación y

---

<sup>325</sup> Véase nota de pie de página núm. 313.

además es apartada de sus progenitores (condenados por haber cometido este grave delito motivados por sus creencias culturales).

Asimismo, si partimos de la finalidad preventiva de la pena tampoco tiene sentido que esta medida se aplique obligatoriamente ya que una vez que la niña sufre la MGF, no existe riesgo de volver a padecerla.

De esta forma, coincido con la interpretación restrictiva proporcionada por la SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013, y entiendo que únicamente inhabilitaremos a los progenitores cuando la retirada de la patria potestad resulte positivo para la niña mutilada. Quizás podríamos plantearnos aplicarla también para salvaguardar el interés de las demás hijas (que no hayan sido mutiladas), pero en cualquier caso esta valoración deberá realizarse caso por caso, y no de forma preceptiva, de manera que la inhabilitación especial resulte adecuada en cada caso concreto.

## VI. CONCLUSIONES FINALES.

A lo largo del trabajo hemos ido viendo los distintos temas sociales y jurídicos que inciden en la MGF. A continuación, expondré las conclusiones generales:

- I. La MGF comprende la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales o religiosas o por motivos no terapéuticos. Se realiza principalmente en África y Oriente Medio pero su práctica se ha extendido alrededor del mundo como consecuencia de los flujos migratorios.
- II. Atendiendo a la gravedad de la lesión podemos distinguir tres tipos: la clitoridectomía, la escisión y la infibulación. Como regla general se realiza de forma colectiva, con instrumentos primarios poco higiénicos y sin asistencia sanitaria, lo que empeora aún más las consecuencias para la salud física y mental de la mujer a corto y largo plazo, que pueden llegar incluso a provocar la muerte.
- III. Las razones que "justifican" esta intervención son la costumbre, la tradición, la identidad sexual, el control de la sexualidad y de las funciones reproductivas, la higiene, la estética y la salud. En ocasiones se invoca erróneamente la religión.
- IV. La MGF es una de las modalidades más grave de violencia contra la mujer y se encuentra prohibida a nivel internacional por vulnerar los DDHH y especialmente, la proscripción de discriminación por razón de sexo, el derecho a la salud y los derechos del niño. La lucha para su eliminación también ha quedado patente en el ámbito regional, concretamente, en la Unión Europea y en África.
- V. España ha introducido tres grandes modificaciones para erradicarla: la creación de un tipo autónomo penal en el CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre; la modificación del principio de extraterritorialidad en la LOPJ mediante la LO 3/2005, de 8 de julio y la LO 1/2014, de 3 de noviembre; y la concesión de asilo por razón de género.

- VI. El delito de mutilación se prevé en el artículo 149.2 del CP y aunque no haga una referencia expresa al sexo del sujeto pasivo, debe entenderse que éste será la mujer, sin que pueda tener encaje en él la circuncisión masculina. Tampoco alude a ningún motivo especial para realizar su conducta. Por tanto, podrá aplicarse aunque no se lleve a cabo por razones culturales.
- VII. Tras la aprobación de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, los tribunales españoles pasan a ser competentes para conocer los supuestos de MGF que tengan lugar en el extranjero. La posterior reforma de la LO 1/2014, de 3 de noviembre dificultará esta labor al excluir la referencia expresa de este delito del artículo 23.4 del LOPJ.
- VIII. La MGF puede conllevar la concesión de asilo por España en virtud de la normativa vigente, al tratarse de una forma de discriminación por razón de sexo. No obstante, la carga probatoria dificulta en la práctica su reconocimiento.
- IX. La libertad de conciencia no puede justificar la comisión de la MGF, en tanto que el ejercicio de un derecho tiene como límite infranqueable el respeto de los DDHH.
- X. La jurisprudencia española ha resuelto únicamente cinco casos sobre MGF. De ellos, más de la mitad son delitos cometidos en España. El perfil de autor suele ser un progenitor de origen extranjero residente en España. Y la víctima, su hija menor de edad. Tres son los aspectos observados por los tribunales: la exigencia de un ánimo específico en la comisión del tipo, la inexistencia de autoría penalmente relevante en los progenitores y la admisión del error de prohibición en las conductas.
- XI. La admisión del error de prohibición en las conductas se realiza de forma casuística, lo que provoca que los pronunciamientos de los tribunales acerca de esta cuestión hayan sido diversos. Para que exista un error de prohibición en los casos de MGF los tribunales exigen que el autor obre creyendo que su conducta es lícita. Esto se determinará atendiendo a las circunstancias subjetivas del autor, concretamente, a su arraigo. Y, para determinar su vencibilidad, la doctrina aplica la denominada *tesis preventiva*, mientras que

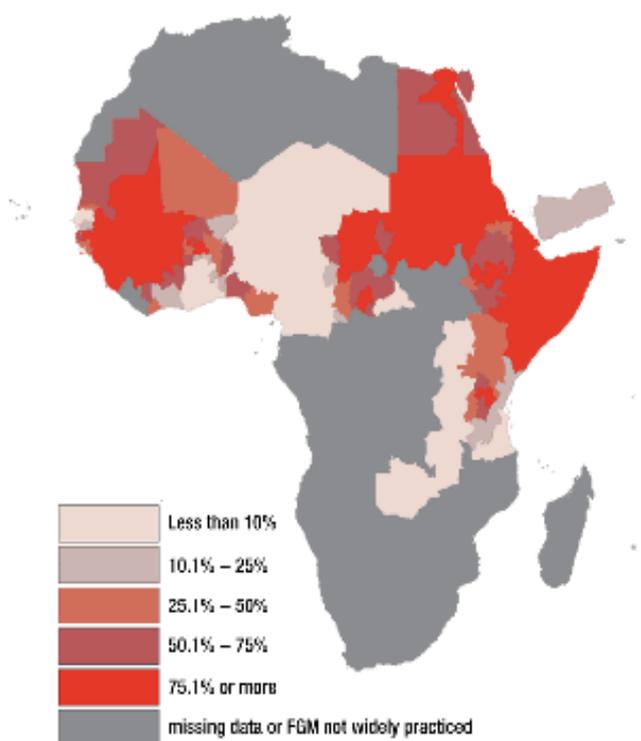
la jurisprudencia atiende a tres elementos subjetivos del infractor: sus condiciones psicológicas, su cultura y sus posibilidades *reales* de instrucción o asesoramiento.

- XII. En la práctica no se analiza la aplicación de la pena *facultativa* de inhabilitación que debe interpretarse de forma restringida, de manera que sólo pueda imponerse cuando la retirada de la patria potestad beneficie al menor, evitando así supuestos de doble victimización.

## VII. ANEXOS.

### ANEXO I. Mapa de África en el que se refleja la prevalencia de la MGF en África y Yemen en mujeres de edades comprendidas entre los 15 y los 49 años.

Prevalencia de la mutilación genital femenina en África y el Yemen (mujeres de 15 a 49 años)



Documento elaborado por la OMS y obtenido en la siguiente página web:  
<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/es/>

**ANEXO II. Porcentaje estimado de mujeres y niñas que sufren mutilación genital en África.**

<b>ESTADO</b>	<b>PORCENTAJE</b>
BENÍN	50%
BURKINA FASO	70%
CAMERÚN	20%
CHAD	60%
CHANA	Entre 15-30%
COSTA DE MARFIL	60%
EGIPTO	97%
ERITREA	90%
ETIOPÍA	90%
GAMBIA	Entre 60-90%
GUINEA	Entre 70-90%
GUINEA BISSAU	50%
KENIA	50%
LIBERIA	Entre 50-60%
MALÍ	Entre 90-94%
MAURITANIA	25%
NÍGER	20%
NIGERIA	20%
REPÚBLICA CENTROAFRICANA	50%
REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO	5%
SENEGAL	20%
SIERRA LEONA	Entre 80-90%
SOMALIA	98%
SUDÁN	89%
TANZANIA	10%
TOGO	12%
UGANDA	5%
YIBUTI	Entre 90-98%

Datos obtenidos del Informe de Amnistía Internacional denominado “Mutilación genital femenina”.

**ANEXO III. Ilustración de las principales clases de MGF.**

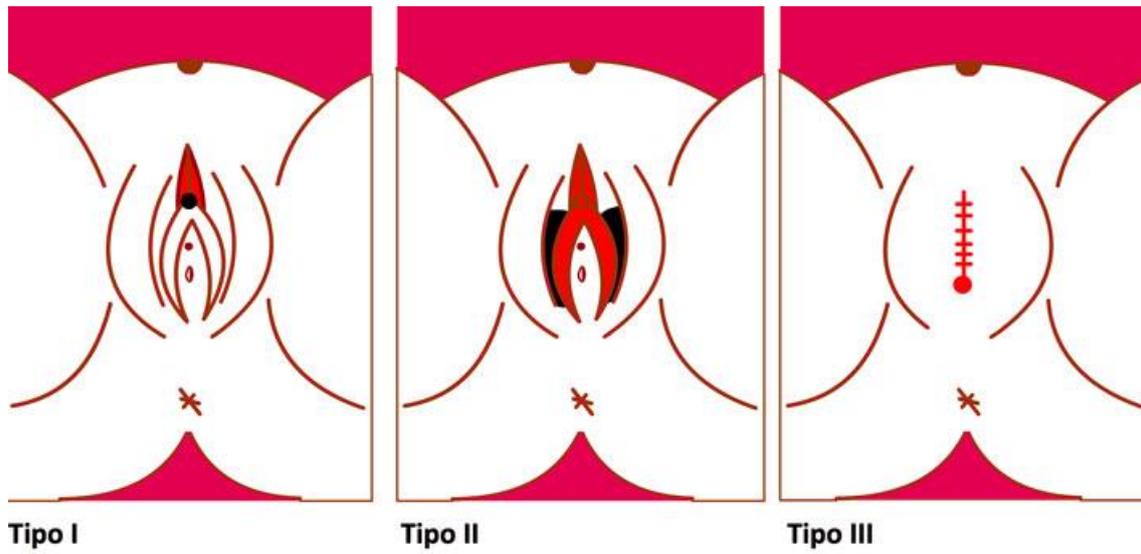


Imagen obtenida del Blog MGF sobre Prevención de la Mutilación Genital Femenina contenido en la página web: <http://lasexologia.com/blog-mgf/mgf-que-es/tipos/>

#### ANEXO IV. Distribución geográfica de los tres principales tipos de MGF en África y Oriente Medio.

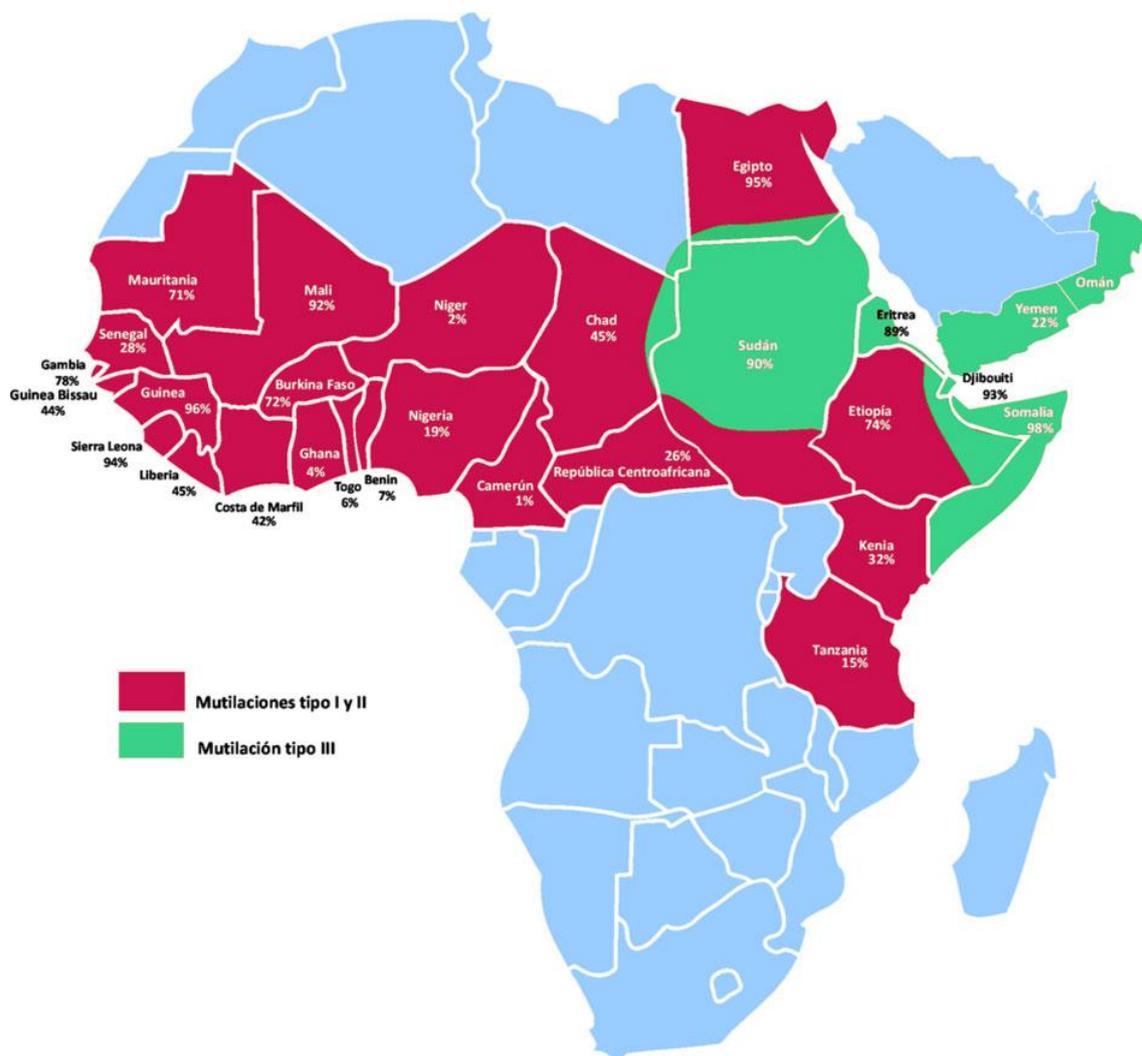


Imagen obtenida del Blog MGF sobre Prevención de la Mutilación Genital Femenina contenido en la página web: <http://lasexologia.com/blog-mgf/mgf-que-es/paises-y-etnias/>

## VII. BIBLIOGRAFÍA.

- ADAM MUÑOZ, M.D.: *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2003.
- ADAM MUÑOZ, M.D., “La respuesta del ordenamiento jurídico español ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2006, págs.1480-1492.
- AGUIRREGOMEZKORTA IBALUZZEA, R.B.: *La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica*, Paz y Desarrollo ONGD, versión online, pág. 44.
- ALDEED ABU-SAHLIEH, S.A.: *Circoncision masculine, circoncision féminine. Débat religieux, médical, social et juridique*, L'Harmattan, Paris, 1998.
- AMIRIAN, N./ ZEIN, M.: *El Islam sin velo*, Planeta, Barcelona, 2009.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL: *La mutilación genital femenina y los derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas*, EDAI, Madrid, 1998.
- ARROYO DE LAS HERAS, A./ MUÑOZ CUESTA, J.: *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- ASSAAD, M.B., “Female Circumcision in Egypt: Social Implications, Current Research and Prospects for Change” en *Studies in Family Planning*, núm. 11, 1990, págs. 3-16.
- ASÚA BATARRITA, A., “Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina” en *Eguzkilo*, núm. 18, 2004, págs. 83-101.
- BAYO, A./ GONZÁLEZ BLANCO, I./ GRAU CERRATO, S./ MARIANA, J./ ROMÁN BROTO, A., “La mutilación genital en la mujer del siglo XXI” en *Progresos de Obstetricia y Ginecología*, núm. 6, 2003, págs. 257-266.
- BENHABID, S., “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos” en *ISEGORIA*, núm. 39, 2008.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- BUJOSA VADELL, L.M., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española” en *La Ley*, núm. 7298, 2009, págs. 1618-1620.
- BUSTELO GARCÍA DEL REAL, C., “Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” en MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- CARMEN MIGUEL, J., “La mutilación genital femenina, derecho de Asilo en España y otras formas de protección internacional” en *Cuadernos electrónicos de filosofía de derecho*, núm. 17, 2008, págs. 1-15.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho penal español. Parte general .III Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2005.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, Edersa, Madrid, 1987.
- CORCOY BIDASOLO, M., “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes” en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 1240-1241.
- DE MAGLIE, C.: *Los delitos culturalmente motivados. Ideología y modelos penales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El error de prohibición: pasado, presente y futuro” en VVAA: *El nuevo Código Penal : presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./ DURÁN SECO, I./ OLAIZOLA NOGALES, I./ JERICÓ OJER, L., “Extranjería y Derecho Penal: Las últimas reformas” en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, págs. 57-119.

- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., “Título III. De las lesiones” en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ GRACIA MARTÍN, L. *Comentarios al Código penal. Parte especial. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- FLORES MENDOZA, F.: *La Objeción de Conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., “El principio de justicia universal en el ordenamiento interno e internacional” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 2, 2004, págs. 243-278.
- GÓMEZ-LIMÓN AMADOR, M.T./GONZÁLEZ GONZÁLEZ, I.: *Las tradiciones que no aman a las mujeres*, Foca-Akal, Madrid, 2011.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Las lesiones” en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): *Derecho Penal español: Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2005.
- HERRERA MORENO, M., “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., “A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio)” en *Diario La Ley*, núm. 8206, 2013, págs. 1-7.
- JERICÓ OJER, L.: *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- JERICÓ OJER, L., “El delito de mutilación genital (art. 149.2): especial referencia a la mutilación genital femenina y su relación con la libertad de conciencia” en DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (dir.): *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 535-588.
- KAPLAN MARCUSAN, A., “Las mutilaciones genitales femeninas en España: Una visión antropológica, demográfica y jurídica” en DE LUCAS, J. (Coord.): *Europa: Derechos, Culturas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

- KAPLAN MARCUSAN, A., “Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género” en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 6, 2001, págs. 195-216.
- KATUMBA, R., “Kenyan Elders Defend Circumcision” en *Development Forum*, 1990, págs. 1-30.
- LANDECHO VELASCO, C.M./ MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho penal español, Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008.
- LLABRÉS FUSTER, A., “El tratamiento de la mutilación genital femenina en el ordenamiento jurídico penal español” en *Europa: derechos, cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- MARCHAL ESCALONA, N., “Mutilación genital femenina y violencia de género” en GARCÍA CASTAÑO, F.J./ KRESSOVA, N. (Coords.): *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada, 2011.
- MARTÍN ESPILDORA, N., “Atención de menores inmigrantes en la consulta: entre la diferencia cultural y el delito. Un caso de ablación de clítoris”, en *Atención primaria*, núm. 36, 2005, págs. 397-400.
- MARTÍNEZ RUIZ, J.: “Título III, De las lesiones. Artículos 147.1.º, 147.2.º, 148, 149, 150 y 151” en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal. Volumen 5*, EDERSA, Madrid, 1999.
- MESTRE DELGADO, E., “Justicia universal (o no)” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 108, 2014, págs. 3-4.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004.
- MONGE FERNÁNDEZ, A.: *El extranjero frente al derecho penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Bosch, Barcelona, 2008.
- MORALES PRATS, F., “Comentario al art. 20.3” en QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial. 18.º edición, revisada y puesta al día*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- NAREDO MOLERO, M., “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos” en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 1, 2004, págs. 193-200.
- NIETO MARTÍN, A.: *El conocimiento del Derecho: Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, S.A. Atelier Libros, Barcelona, 1999.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: *El error de prohibición: especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, La Ley, Madrid, 2007.
- OLLÉ SESÉ, M./ LAMARCA PÉREZ, C., “La reforma del principio de Justicia Universal” en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 83, 2011, págs. 5-20.
- ORTEGA TEROL, J.M., “Islam y Derecho Internacional: influencia y desencuentros” en CATALÁ RUBIO, S/ MARTÍ SÁNCHEZ, J.M. *El Islam en España. Historia. Pensamiento, Religión y Derecho*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *A dónde va el Derecho Penal: reflexiones sobre los legisladores y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- ROPERO CARRASCO, J., “El Derecho penal ante la mutilación genital femenina” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 2001, págs. 1393-1410.
- ROSSELL GRANADOS, J., “La mutilación genital femenina en España” en MOTILLA DE LA CALLE, A.: *Los musulmanes en España: Libertad religiosa e identidad cultural*, Trotta, Madrid, 2004.

- SANZ MULAS, N., “Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 16, 2014, pág. 1-49.
- SERRANO MAÍLLO, A., “El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas” en *RDUNED*, núm. 7, 2010, págs. 649-654.
- SILVA CUESTA, A., “Mutilación genital femenina: de los derechos humanos a la tipificación penal” en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 25, 2016, págs. 1-37.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al art. 149 CP” en VILLACAMPA ESTIARTE, C./ RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./ GARCÍA ALBERO, R./ TAMARIT SUMALLA, J.M./ PRATS CANUT, J.M./ VALLE MUÑIZ, J.M./ MORALES PRATS, F./ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La libertad ideológica en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1989.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Libertad de conciencia y responsabilidad penal. Relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad” en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 1, 2001, págs. 383-404.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “El nuevo delito de mutilación genital” en CARBONELL MATEU, J.C. (coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “Identidad, creencias y orden penal: La eximente cultural” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, págs. 399-450.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E., “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm.17, 2008, págs. 1-21.

TRILLO NAVARRO, J.P., “Jurisdicción universal, menores y ablación: el nuevo artículo 23.4. g) LOPJ” en *La Ley*, núm. 6354, 2005, págs. 1064-1085.

VALLEJO PEÑA, C., “Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España” en *Revista de estudios jurídicos*, núm. 14, 2014, págs. 1-21.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (Especial referencia a la mutilación genital femenina)*, Dykinson, Madrid, 2010.

#### **Enlaces webs.**

- <http://dle.rae.es/?id=9JvIPFJ>
- <http://dle.rae.es/?id=J4uJW4q>
- <http://dle.rae.es/?id=QAK0nIr>
- [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/27/actualidad/1482834651\\_250702.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/27/actualidad/1482834651_250702.html)
- [http://pazydesarrollo.org/pdf/guia\\_mgf\\_web.pdf](http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf)
- <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8025.pdf?view=1>
- <http://www.amecopress.net/spip.php?article11736>
- <http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev667articulo8.html>
- [http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol\\_on\\_the\\_rights\\_of\\_women.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7783-file-protocol_on_the_rights_of_women.pdf)
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17242>
- <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24457-24457.pdf>

- <https://www.boe.es/boe/dias/2014/03/14/pdfs/BOE-A-2014-2709.pdf>
- <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1870-4759>
- <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>
- <https://www.boe.es/doue/2004/304/L00012-00023.pdf>
- [http://www.elespanol.com/social/20170105/183731935\\_0.html](http://www.elespanol.com/social/20170105/183731935_0.html)
- <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/08/28/57c32493ca4741f9108b4570.html>
- <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mutilacion-genital-femenina-todavia-29-paises-siguen-practicando-esta-forma-de-violencia-contra/>
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2001-0476+0+DOC+XML+V0//ES>
- <http://www.noticiasdenavarra.com/2016/08/18/sociedad/estado/un-clerigo-musulman-revoluciona-rusia-al-defender-la-ablacion>
- [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)
- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- <http://www.publico.es/sociedad/cuatro-menores-residentes-alava-sufren.html>
- <http://www.publico.es/sociedad/parlamento-panafricano-aprueba-prohibicion-mutilacion.html>
- <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>
- <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>
- <http://www.unfpa.org/es/resources/preguntas-frecuentes-sobre-la-mutilaci%C3%B3n-genital-femenina-mgf#secuelas-psicol%C3%B3gicas>
- [https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd\\_spa\\_2.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf)
- <https://www.unicef.org/spanish/infobycountry/files/genitalfemenina.pdf>
- [http://www.unicef.org/media/files/FGMC\\_2016\\_brochure\\_final\\_UNICEF\\_SPR\\_EAD.pdf](http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPR_EAD.pdf)
- <https://www.unicef.org/spanish/specialsession/rights/>
- <http://www.unwomen.org/es/news/stories/2013/1/addis-ababa-declaration-of-africa-ministerial-preparatory-meeting#sthash.CfnD2250.dpuf>
- <http://www.victimias.org/html/legislacion/parlamentoeuropeo.pdf>
- <http://www.who.int>

- <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>

### **Prensa consultada.**

"Cuatro menores residentes de Álava sufren una ablación en Mali", en *Diario Público*, el 21 de agosto de 2015.

"Egipto endurece las penas por mutilación genital femenina", en *El Mundo*, 28 de agosto de 2016.

"El Parlamento Panafricano aprueba la prohibición de la mutilación genital femenina en sus 50 estados miembro", en *Diario Público*, 8 de agosto de 2016.

"Este es el mannequin challenge más necesario que has visto", en *El Español*, 7 de enero de 2017.

"La mutilación genital femenina se resiste a morir", *El País*, 28 de diciembre de 2016.

"Mutilación Genital Femenina: Todavía 29 países siguen practicando esta forma de violencia contra las mujeres y las niñas", en *Amnistía Internacional*, 5 de febrero de 2015.

"Naciones Unidas pide alzar la voz contra la mutilación genital femenina" en *AMECOPRESS*, 4 de abril de 2014.

"Un clérigo musulmán revoluciona Rusia al defender la ablación", en *Diario de Noticias*, 18 de agosto de 2016.

## **IX. JURISPRUDENCIA.**

### **Tribunal Constitucional.**

- STC (23/04/1982) núm. 15/1982.

### **Tribunal Supremo.**

- STS (27/02/1992) núm. 411/1992.
- STS (28/09/1993) núm. 2061/1993.
- STS (09/02/1995) núm. 166/1995.
- STS (26/12/1996) núm. 1077/1996.
- STS (10/12/1998) núm. 1551/1998.
- STS (03/01/1999) núm. 1868/1999.
- STS (28/01/2000) núm. 148/2000.
- STS (27/01/2001) núm. 64/2001.
- STS (27/02/2003) núm. 302/2003.
- STS (06/10/2006) núm. 6597/2003.
- STS (10/10/2003) núm. 1287/2003.
- STS (31/05/2005) núm. 3485/2005.
- STS (07/07/2005) núm. 4592/2005
- STS (10/05/2005) núm. 601/2005.
- STS (18/04/2006) núm. 411/2006.
- STS (06/10/2006) núm. 5931/2006
- STS (13/09/2007) núm. 737/2007.
- STS (02/04/2009) núm. 336/2009.
- STS (11/05/2009) núm. 2781/2009.
- STS (15/06/2011) núm. 4013/2011.
- STS (03/04/2012) núm. 266/2012.
- STS (31/10/2012) núm. 835/2012.
- STS (16/12/2013) núm. 939/2013.
- STS (08/05/2014) núm. 399/2014.
- STS (22/12/2014) núm. 898/2014.

### **Audiencia Nacional.**

- SAN (13/01/2009) núm. 377/2009.
- SAN (24/07/2012) núm. 36/2012.
- SAN (04/04/2013) núm. 9/2013.
- SAN (24/02/2014) núm. 5/2014.

### **Audiencia Provincial.**

- SAP Barcelona (10/01/2001) núm. 12/2001.
- SAP Zaragoza (11/05/1999) núm. 226/2002.
- SAP Guipúzcoa (22/12/2004) núm. 221/2004.
- SAP Granada (16/06/2005) núm. 327/2005.
- SAP Girona (02/07/2007), núm. 152/2007.
- SAP Albacete (17/10/2007) núm. 22/2007.
- SAP Teruel (15/11/2011) núm. 26/2011.
- SAP Tarragona (07/12/2011) núm. 519/2011.
- SAP Barcelona (13/05/2013) núm. 42/2013.
- SAP Barcelona (14/06/2013) núm. 735/2013.

### **Juzgado de lo Penal.**

- SJP Cáceres (07/11/2012) núm. 283/2012.

## **X. RESOLUCIONES INTERNACIONALES.**

### **Resoluciones de la ONU.**

#### *Asamblea General de la ONU.*

- Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, por la que se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, por el que se adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, por el que se adopta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 34/180 (A/RES/34/180) de 18 de diciembre de 1979, por el que se aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 44/25 de 20 de noviembre de 1989 (A/RES/44/25), por la que se adopta la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104 de 23 de febrero de 1994 (A/RES/48/104), por la que se proclama la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU A/54/4 de 6 de octubre de 1999, por el que se adopta el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 36/55 (A/RES/36/55) de 25 de noviembre de 1981, por la que se proclama la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convenciones.

### *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.*

- Recomendación General núm. 14 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, noveno período de sesiones de 1990.
- Recomendación General núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, undécimo período de sesiones de 1992.
- Recomendación General núm. 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, vigésimo período de sesiones de 1999.

### **Resoluciones en el ámbito regional africano.**

- Resolución de 27 de julio de 1981 adoptada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la OUA por la que se aprueba la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981.
- Resolución de 11 de julio de 2003 adoptado por la UA durante su segunda cumbre celebrada en Maputo, por la que se aprueba el Protocolo de Maputo.

### **Resoluciones de la UE.**

#### *Consejo de Europa.*

- Resolución 1247 (2001) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de mayo de 2001, sobre la MGF.
- Recomendación (2002) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2002, sobre la protección de la mujer contra la violencia.

#### *Parlamento Europeo.*

- Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986, sobre Agresiones a la Mujer.
- Resolución del Parlamento Europeo de 10 de julio de 1997, sobre la Mutilación Genital Femenina en Egipto.
- Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2001, sobre las Mujeres y el Fundamentalismo.

- Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001, sobre mutilaciones genitales femeninas.
- Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2006, sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones.
- Resolución del Parlamento Europeo 2008/2071 de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la Mutilación Genital Femenina practicada en la Unión Europea.