

El delito de la MGF: una primera aproximación jurisprudencial

Nombre: Anna Escalona Barrera

Asignatura: Trabajo de Fin de Grado

Grado: Derecho

Curso: 2013-14

Directora: Margarita Bonet Esteva

Fecha de entrega: 16/05/2014

El delito de la MGF: una primera aproximación jurisprudencial

Palabras clave: MGF, art. 149.2 CP, multiculturalismo, error de prohibición, principio de justicia universal, comisión por omisión.

RESUMEN:

La MGF, una práctica ancestral de países del África Subsahariana llega a España debido a la continua recepción de inmigrantes, de manera que el ordenamiento jurídico español trata de dar una respuesta. El propósito del trabajo es dar a conocer todas las figuras penales y legislaciones íntimamente conectadas con la MGF, todo ello a través de los dos únicos casos de MGF que han llegado a sede judicial a pesar de que una multitud de niñas y mujeres la sufren.

La metodología empleada ha interrelacionado los estudios teóricos contenidos en la manualística y datos empíricos junto con un análisis jurisprudencial. A lo largo del trabajo se han ido explicando instituciones jurídico-penales relevantes: la reforma del art. 149.2 CP, la reforma del principio de justicia universal, el multiculturalismo muy relacionado con el error de prohibición (art. 14.3 CP) y la comisión por omisión (art. 149.2 CP en relación con el art. 11).

RESUM:

La MGF, una práctica ancestral dels països de l’Àfrica Subsahariana arriba a Espanya degut a la continua recepció d’immigrants, de manera que l’ordenament jurídic espanyol tracta de donar una resposta. El propòsit del treball es donar a conèixer totes les figures penals i legislacions íntimament connectades amb la MGF. Tot això mitjançant els dos únics casos de MGF que han arribat a su judicial tot i que hi ha una multitud de nenes i dones la pateixen.

La metodologia emprada ha interrelacionat els estudis teòrics continguts en la manualística i dades empíriques juntament amb un anàlisi jurisprudencial. Durant el treball s’han anat explicant institucions jurídico-penals rellevants: la reforma de l’art. 149.2 CP, la reforma del principi de justícia universal, el multiculturalisme, molt relacionat amb l’error de prohibició (art. 14.3 CP) y la comisió per omisió (art. 149.2 CP en relació amb l’art. 11).

ABSTRACT:

The Female Genital Mutilation, is an ancient practice from countries of the Sub-Saharan Africa that arrives to Spain due the continuous reception of immigrants, so that the spanish legal system, tries to give an answer. The purpose of this work is to present all criminal offenses and laws intimately connected with FGM, all through the only two cases of FGM that have come to court despite a crowd of girls and women suffer.

The used methodology has interrelated content in theoretical studies and empirical data manualistics with a jurisprudential analysis. Throughout the work we have been explaining relevant legal-criminal institutions: the reform of art. 149.2 CP, the reform of the principle of universal justice, multiculturalism closely related to the mistake of law (art. 14.3 CP) and with the commission for omission (art. 149.2 CP in relation with the art. 11).

Índice

| | |
|---|----|
| Introducción:..... | 4 |
| Capítulo 1. Jurisprudencia sobre la Mutilación Genital Femenina | 6 |
| 1.1 Supuestos de hecho | 6 |
| 1.1.1 “Caso Mataró” SAN 9/2013 de 4 de abril y STS 939/2013 de 16 de diciembre | 6 |
| 1.1.2 “Caso Teruel” SAP de Teruel 26/2011 de 15 de noviembre y STS 835/2012 de 31 de octubre | 7 |
| 1.2 Resolución judicial de los supuestos de hecho | 7 |
| 1.2.1 “Caso Mataró”..... | 7 |
| 1.2.2 “Caso Teruel”..... | 9 |
| 1.3 Similitudes | 11 |
| 1.4 Diferencias | 13 |
| 1.5 La realidad oculta tras los supuestos expuestos | 13 |
| Capítulo 2. Respuestas del derecho ante la Mutilación Genital Femenina | 15 |
| 2.1 Regulación Internacional | 15 |
| 2.1.1 Textos internacionales genéricos de protección de los derechos humanos.... | 16 |
| 2.1.2 Textos internacionales específicos de erradicación de la discriminación y la violencia contra la mujer | 16 |
| 2.2 El proceso de reforma del art. 149.2 CP | 18 |
| 2.2.1 La tramitación parlamentaria | 19 |
| 2.2.2 Vías de incriminación penal antes de la reforma de la L.O 11/2003, de 29 de Septiembre..... | 21 |
| 2.2.3 La incriminación específica de las mutilaciones genitales..... | 23 |
| 2.3 El Principio de justicia universal | 25 |
| 2.3.1 L.O 3/2005 de 8 de julio: la extensión del principio de justicia universal a la persecución de las mutilaciones genitales femeninas | 27 |

| | |
|--|----|
| 2.3.2 L.O 1/2014, de 13 de marzo: la desaparición de la extraterritorialidad en la persecución de las mutilaciones genitales femeninas | 29 |
| Capítulo 3. El multiculturalismo y el desconocimiento del derecho | 31 |
| 3.1 Principales corrientes de acción pública contra la mutilación genital femenina .. | 32 |
| 3.1.1 Desde la antropología social: Adriana Kaplan Marcusán | 33 |
| 3.1.2 Desde la asistencia pediátrica: Inma Sau | 35 |
| 3.2 El error de prohibición | 38 |
| 3.2.1 Vencibilidad del error de prohibición | 40 |
| Capítulo 4. La comisión por omisión en las mutilaciones genitales femeninas (arts. 149.2 y 11 del CP) | 43 |
| 4.1 Caso Mataró | 44 |
| 4.2 Caso Teruel | 45 |
| Conclusiones..... | 47 |
| 5. Bibliografía | 50 |
| 6. Anexos | 55 |
| 6.1 Anexo 1 “Gráficos y estadísticas MGF-Cataluña” | 55 |
| 6.2 Anexo 2 “Tipos de MGF” | 57 |
| 6.3 Anexo 3: “Compromiso informado de evitación de la MGF” | 59 |

Introducción:

El aumento de flujos migratorios que ha experimentado España durante las últimas décadas de inmigrantes procedentes del África subsahariana, ha comportado que aparezcan prácticas como las mutilaciones genitales femeninas (MGF) que hasta el momento eran desconocidas. Dichas prácticas consisten en la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales, religiosas o por motivos no terapéuticos constituyendo según la comunidad internacional un atentado contra los derechos humanos de las mujeres.

Los casos que surgen a la luz son pocos, por eso el trabajo tiene por objeto conocer y explicar aspectos relativos a la MGF a través de un análisis exhaustivo de los dos únicos casos de MGF con resultado en sede judicial.

A través de estas sentencias se explicará, en primer lugar, la respuesta dada por el derecho ante estas nuevas realidades siguiendo las recomendaciones internacionales como son la necesidad de llevar a cabo reformas legislativas introduciendo tanto en el Código Penal como en el Principio de Justicia Universal el delito de MGF. No obstante, para tratar de combatir dichas prácticas, resulta insuficiente acudir únicamente al castigo, es necesario abordar el tema de forma amplia, analizando su origen desde la educación, concienciación, sensibilización y respeto; autoras claves al respecto son Adriana Kaplan junto con Inma Sau, cada una desde su campo de actuación.

Otro aspecto importante y sumamente conectado a la MGF es el multiculturalismo que se desprende de las sentencias, y a la vez se encuentra íntimamente relacionado con el art. 14.3 del CP, el error de prohibición. La diversidad de culturas siempre debe respetarse pero con un límite infranqueable como es el respeto de los derechos humanos, de modo que no es posible justificar una conducta fruto de una determinada tradición que atente contra esos derechos, es decir, no es posible ampararse en la cultura para dejar impunes prácticas como la MGF debido a las fuertes complicaciones tanto físicas como psicológicas que comportan para las mujeres y niñas a las que se les practica. El error de prohibición (art. 14.3 CP) entra en juego junto con el multiculturalismo ya que las personas que practican la MGF, creen estar actuando conforme a derecho por tratarse precisamente de un acto que forma parte de su cultura,

en consecuencia su conducta deberá verse exonerada o atenuada en función de la determinación de la existencia de ese desconocimiento.

Otra de las figuras explicadas a partir del análisis de las sentencias es la de posición de garante de los padres, ya que frecuentemente la MGF es realizada por una 3º persona con conocimiento de la madre y del padre, pero aún así los padres pueden ser considerados responsables en comisión por omisión del art. 149.2 CP en relación con el art. 11.

En resumen, el concepto clave de este trabajo no es la descripción, el significado o el alcance de la MGF, sino cómo el derecho trata de garantizar acciones para luchar contra estas prácticas así como trata de aplicar las diversas figuras jurídico-penales existentes. Por último, es importante explicar que la realización de este proyecto ha sido sumamente cambiante, por darse diversos cambios sustanciales a medida que se iba desarrollando y profundizando como por ejemplo la aparición de la STS 939/2013 de 16 de diciembre absolviendo a la acusada de la SAN 9/2013 de 4 de abril así como la L.O 1/2014, de 13 de marzo por la que se modifica el principio de justicia universal, afectando directamente a la extraterritorialidad. En definitiva, estas modificaciones han ido marcando el ritmo del trabajo, de modo que poco a poco le ha ido dando forma propia.

Capítulo 1. Jurisprudencia sobre la Mutilación Genital Femenina

Las mutilaciones genitales femeninas son prácticas tradicionales que vienen realizándose ancestralmente y tan solo son dos los casos con resultado en sede judicial.

Por un lado el “Caso Mataró”: SAN 9/2013 de 4 de abril y STS 939/2013 de 16 de diciembre¹. Por otro lado el “Caso Teruel”: SAP de Teruel 26/2011 de 15 de noviembre y STS 835/2012 de 31 de octubre².

1.1 Supuestos de hecho

El método de trabajo utilizado consiste en explicar los antecedentes de hecho así como los hechos probados de cada uno de los casos para posteriormente explicar sus resoluciones.

1.1.1 “Caso Mataró” SAN 9/2013 de 4 de abril y STS 939/2013 de 16 de diciembre

Una mujer inmigrante de Senegal vino a Cataluña en 2.010 con sus hijos, gracias al permiso de reagrupación concedido a su marido que residía en la Península desde 1999. En fecha 16 de agosto de 2010, la mujer junto a su esposo y su hija pequeña, nacida en una aldea de Senegal el 20/09/2006, acudieron al centro de atención primaria (CAP) de Premiá de Mar para efectuar la exploración del protocolo de actuación de niños inmigrantes, donde se apreció una extirpación de clítoris junto con diversas secuelas. Dicha lesión fue realizada o bien por la acusada o por un tercero con su consentimiento, antes de venir a España, justificándola con motivos religiosos y culturales de las zonas rurales de Senegal³.

¹ En adelante SAN 9/2013 y STS 939/2013.

² En adelante SAP Teruel 26/2011 y STS 835/2012.

³ SAN 9/2013 de 4 de abril (Antecedentes de hecho y hechos probados).

1.1.2 “Caso Teruel” SAP de Teruel 26/2011 de 15 de noviembre y STS 835/2012 de 31 de octubre

Una mujer inmigrante de Gambia y su hija nacida el 21/05/2009 en el mismo lugar, llegaron a España el 04/09/2009, lugar de residencia desde hacía diez años de su marido y padre de la pequeña. Desde entonces no ha tenido lugar por parte de ninguno de los integrantes de la familia viaje al extranjero. Los padres bien directamente o a través de tercera persona con su consentimiento en el período comprendido entre el 20/11/2009 y el 25/05/2010 extirparon el clítoris a su hija por a motivos religiosos y culturales de sus creencias. Cabe tener en cuenta que el marido conocía la ilicitud de dicha práctica en España a diferencia de su mujer⁴.

1.2 Resolución judicial de los supuestos de hecho

Una vez explicados los supuestos de hecho, se analizarán los fundamentos jurídicos en los que se basan dichas sentencias para dictar el fallo así como los recursos de casación a las resoluciones dictadas tanto por la A.P de Teruel como por la A.N.

1.2.1 “Caso Mataró”

La A.N decide condenar a la madre como autora del delito de lesiones subsumible en el art. 149.2 CP en la modalidad de MGF apreciándole un error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), de manera que se la condena a la pena de dos años de prisión e inhabilitación para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Los fundamentos jurídicos alegados son los siguientes:

- 1) En cuanto a la **subsunción** en el delito del **art. 149.2 CP**, en el FJ1 se tienen en cuenta tres pruebas practicadas: a) declaración de la acusada insinuando que cuando vivía en Senegal por motivos laborales dejó a su hija en manos de su madre en una aldea ignorando si alguien pudiera practicar la mutilación a su hija y que no fue hasta la exploración en el CAP cuando fue consciente de ello, b) testifical del enfermero durante la exploración de la pequeña afirmando que los padres al recibir la noticia no se

⁴ SAP de Teruel 26/2011 de 15 de noviembre (Antecedentes de hecho y hechos probados).

sorprendieron, es más, incluso el padre afirmó que su mujer también tenía practicada dicha ablación y c) peritos médicos que dieron fe de que la lesión de la pequeña era antigua y había sido practicada por un profano de la medicina.

2) Relativo a la autoría del delito, resulta interesante el FJ2 porque en él se establece que debido al tipo penal (lesión en modalidad de MFG), edad de la víctima (3 años) y la relación materno-filial entre la acusada y la víctima (madre e hija), no existe duda alguna de que o bien estamos ante una **autoría material** (art. 28 y 29 CP) o ante una **comisión por omisión** del art. 149.2 del CP en relación con el art. 11.

3) En atención a la culpabilidad de la acusada, existe un **error de prohibición** catalogado como vencible (art. 14.3 CP) en el FJ3, debido a que ésta no tenía conocimiento alguno sobre la ilicitud e ilegalidad de dicha práctica tanto en España como fuera de ella, prueba de ello, es el testimonio del enfermero en el que éste afirma que la acusada muestra total normalidad e imperturbabilidad ante el conocimiento de la lesión. Dicha calificación de vencibilidad del error es debido a una previa valoración de factores psicológicos y culturales de la acusada además de atender al baremo de posibilidades que ésta tenía para acceder a medios y poder conocer la antijuridicidad de su actuación. Se entiende relevante el hecho de que su marido llevaba residiendo en España desde hacía diez años y debería haberla asesorado sobre dichas prácticas, en consecuencia se prevé una atenuación de la pena en dos grados.

Dicha sentencia fue recurrida en casación y la STS 939/2013 falla lo siguiente: considera haber lugar al recurso de casación y en consecuencia anular la sentencia de la AN absolviendo a la mujer del delito que se le acusaba basándose en los siguientes fundamentos jurídicos:

a) En el FJ1 aparece como motivo de casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE debido a la falta de prueba de cargo que sea considerada apta, mínima y suficiente para desvirtuar dicho derecho ya que solo se ha tenido presente la prueba del testimonio del enfermero. De las 3 únicas pruebas existentes a efectos de culpabilidad solo existen dos (declaración acusada y del enfermero).

b) El TS considera que la fundamentación de la A.N en cuanto a la autoría y al conocimiento de la ilicitud del hecho tiene un alto grado de incerteza, además el

informe del MF resulta escueto por basarse principalmente en una única prueba incriminatoria (testimonio enfermero).

c) En cuanto a la actuación omisiva, ésta queda desvirtuada si se considera que la acusada trasladó la custodia de su hija a su madre (abuela) y en consecuencia no podía prever que ésta le causara daño alguno. Tampoco se la puede responsabilizar porque su marido residiera en España desde 1999 y no le comunicará la ilicitud de dichas prácticas, ya que de ser así, éste debería ser igualmente responsable debido a las obligaciones derivadas de la patria potestad y sin embargo está absuelto.

El motivo de casación del FJ2 es la vulneración del art. 11 CP en relación con el art. 149.2 del mismo cuerpo legal por considerar que la acusada no era consciente ni manifestó consentimiento de la lesión practicada a su hija. Así como tampoco puede imputársele un deber jurídico al no tener conciencia del riesgo que podía estar padeciendo su hija dejándola en manos de su abuela, de la cual se presupone responsabilidad durante el cuidado de la pequeña. En resumen no puede responsabilizarse a la madre por los deberes derivados de la patria potestad, ya que de ser así, el padre también debería hacer frente a dichas responsabilidades, de otro modo se estaría incurriendo en la vulneración del art. 14 de la CE relativo a la igualdad.

d) En el FJ3 aparece como último motivo de casación la indebida aplicación del art. 14.3 inciso segundo del CP. El TS considera que la A.N no ha acreditado suficientemente la posibilidad de la acusada de acceder a un medio o sistema de información para evitar la MGF y en consecuencia tendría que hablarse de un error de prohibición invencible.

1.2.2 “Caso Teruel”

La A.P de Teruel falla condenando al marido como autor de un delito de lesiones subsumible en el art. 149.2 CP en la modalidad de MGF y a una pena de seis años junto con la pena accesoria de inhabilitación para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante la condena. La madre también es condenada como autora del mismo delito concurriendo en este caso un error de prohibición vencible (art. 14.3 CP) con pena de dos años de prisión además de la misma pena accesoria que a su marido. Fallo basado en los siguientes fundamentos jurídicos:

1) El delito de lesiones imputado aparece recogido en el **art. 149.2 CP** tal y como se desprende del FJ1 ya que a la hija de los acusados, se le practicó una MGF en la fecha comprendida entre 20/11/2009 y 25/05/2010, mutilación que no es negada por los padres pero éstos alegan que fue realizada antes de que su hija viniera a España por sus abuelos quienes la llevaron a un curandero al formar dicha práctica, parte de la religión de éstos. La cuestión planteada es si la MGF se practicó antes de la entrada de la menor en España o no, y dicha respuesta se encuentra en base a las siguientes pruebas: La menor entró en España el 4/09/2009, el día 7 del mismo mes, fue llevaba al Centro de Salud para realizarle una revisión con finalidad de vacunación, el 20/11/2009, la pequeña pasó la revisión de los 6 meses marcada por el programa “Niño sano” y en cuanto a la exploración de los genitales éstos resultaron normales. Con fecha 25/05/2010, la acusada llevó de nuevo a su hija a una exploración y fue aquí cuando se apreció una clara anomalía en sus genitales y teniendo en cuenta que no se había producido ningún viaje al extranjero, queda probado que la MGF tuvo lugar en España en dicho período.

2) En este mismo FJ, en lo referente a la **autoría** de los padres, se desprende que ésta ha podido ser directa o a través de un tercero previo consentimiento por parte de los progenitores.

3) En el FJ2 se concreta la existencia de un **error de prohibición** (art. 14.3 CP) pero no para ambos acusados. Al marido debido tras la declaración ”todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España”, imposibilita la aplicación de dicho error. A diferencia de éste, a su esposa, sí que le es apreciable un error vencible ya que al llevar poco tiempo en España no consta que tuviera conocimiento de la ilicitud del hecho aunque en lo relativo al acceso a información y asesoramiento, debe recordarse que su marido residía en España desde hace años, de modo que es impensable la aplicación de un error invencible ya que en cierta manera tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad de sus actos a través de su marido.

En el FJ3 se establece que la autoría ha sido directa y material, en el FJ4 se menciona el error de prohibición de la mujer y por último en el FJ5 se concreta una pena de seis años de prisión para el marido y de dos para la mujer debido a la rebaja de dos grados de la pena.

Dicha sentencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, STS 835/2012 fallando éste no haber lugar al recurso formalizado por los recurrentes alegando los siguientes fundamentos jurídicos:

- a) En el FJ2 se alega una violación del derecho de presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo ya que los recurrentes reconocen que la MGF se practicó en Gambia y se tienen dudas acerca de los informes médicos por considerar que la doctora no apreció la ablación en la primera exploración. Motivo desestimado por ser imposible la existencia de dicho error por parte de la doctora ya que en esas edades es sumamente fácil reconocer si existe o no mutilación en los genitales. En cuanto al principio in dubio pro reo carece de sentido porque éste entra en juego cuando existen dudas razonables, y en este caso no las hay.
- b) El motivo de casación del FJ3 versa sobre la inaplicación del error de prohibición (art. 14.3 CP) respecto al marido, ya que no se le puede aplicar por llevar diez años viviendo en España y en consecuencia integrado en dicha cultura, máxime después de la declaración prestada manifestando su conocimiento sobre la ilegalidad de dichas prácticas.
- c) Por último en el FJ5 se alega falta de claridad de los hechos en la determinación de la fecha en que se practicó la MGF y en cuanto a la autoría. Motivos desestimados ya que se ha establecido un período concreto en que tuvo lugar ésta y en cuanto a la autoría se debe recordar que tanto podemos hablar de una autoría material (art. 28 y 29 CP) como de una comisión por omisión del art. 149.2 del CP al amparo de lo dispuesto en el art. 11 del CP.

1.3 Similitudes

Analizados los hechos acontecidos en las sentencias junto con la respuesta dada por los respectivos tribunales se aprecian grandes similitudes:

1. En ambos casos el delito imputado es el de lesiones subsumibles en el **art. 149.2 CP** (FJ1 de los dos casos) y en lo referido a la **autoría** en ambos casos se establece tanto en sentido material y directo como en la perpetración a través de la comisión por omisión. Indiferentemente, los acusados son culpables pero cabe mencionar que en el caso de Mataró, la A.N considera que la realización del tipo penal

es a través de la comisión por omisión del delito del art. 149.2 del CP en relación con el art. 11 CP (FJ2), mientras que en el caso de Teruel la AP considera que se da una comisión directa art. 28 y 29 CP (FJ3).

2. Otro aspecto en común recogido en el FJ2 de ambos casos es el **multiculturalismo** explicado a partir del principio de respeto a los Derechos Humanos por el cual los extranjeros no pueden eludirlo basando determinadas actuaciones en creencias, culturas, religiones o ideologías. Muestra de dicho principio se encuentra contenido en el art. 3.2 de la L.O 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por la L.O 2/2009, de 11 de diciembre⁵. Es en este mismo FJ, donde también se muestra la importancia de la Exposición de Motivos de la L.O 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el artículo 24.3 de la L.O.P.J para **perseguir extraterritorialmente la MGF**, el hecho de que la MGF sea un práctica tradicional en ciertos países no es suficiente para justificarla y no tratar de perseguir, prevenir y castigar tal vulneración de derechos humanos.

3. En ambos casos se aprecia un **error de prohibición** catalogado como vencible (art. 14.3 CP). En el caso de Mataró (FJ2) es apreciado en la mujer y en consecuencia se le rebaja la pena en dos grados, lo mismo sucede en el caso de Teruel con la madre (FJ2).

4. Ambas sentencias han sido objeto de recurso de casación de manera que el TS ha sido el que finalmente se ha visto obligado a pronunciarse. En esta última instancia se aprecian de igual modo similitudes en cuanto a los motivos de casación alegados por los recurrentes: la vulneración del derecho de presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 C.E. (FJ1 en ambos casos) y la indebida aplicación del error de prohibición recogido en el art. 14 del CP (FJ3 en los 2 casos).

⁵ **Art.3.2 L.O 4/2000:** 2. *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.*

1.4 Diferencias

Las posibles diferencias entre las sentencias dictadas por las Audiencias son las siguientes:

1. En lo referente a la acción típica, el caso de Mataró alega la existencia de una comisión por omisión del art. 149.2 del CP en relación con el art. 11 CP, mientras que el caso de Teruel considera que existe una autoría material y directa (art. 28 y 29 CP) por parte de los acusados.
2. Mientras la A.N impone una responsabilidad civil a la acusada que asciende a la cantidad de 10.000 euros, la A.P de Teruel no se pronuncia al respecto.
3. Una vez las sentencias son objeto de recurso de casación, la más importante de las diferencias es que en el caso de Mataró se declara haber lugar al recurso, en consecuencia queda anulada la sentencia precedente y se otorga la absolución a la acusada, mientras que en el caso de Teruel, se declara no haber lugar a dicho recurso. Por último y no menos importante es de interés la existencia en el caso Mataró de un voto particular, éste es formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez contrario al fallo del TS y en total acuerdo con la sentencia de la A.N, en cambio, en el caso de Teruel no existe voto particular alguno. Dicho voto tendrá especial relevancia más adelante por estar en desacuerdo con el TS en cuanto a la insuficiencia de la prueba incriminatoria, por considerar que no únicamente hay que tener en cuenta la declaración del enfermero sino la condición de garante de la acusada y sus obligaciones y responsabilidades derivadas de la patria potestad que le otorgan la condición de autora, así como también difiere acerca del posible error de prohibición invencible.

1.5 La realidad oculta tras los supuestos expuestos

Actualmente en España, residen 55.000 mujeres del África subsahariana en los que se practica la MGF, ésta se extiende por 28 países africanos y afecta a nivel mundial a unos 140 millones de mujeres⁶. Es sorprendente que dichas cifras tan elevadas no se

⁶ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana y LÓPEZ GAY, Antonio, *Mapa de la mutilación genital femenina en España 2012*. España: Ed. Fundación Wassu-UAB, 2013, p. 4.

correspondan con la realidad debido a la dificultad de que estas prácticas salgan a la luz, a la esfera pública y aún más complicado es que éstas lleguen a tener relevancia en el campo de la justicia y en consecuencia obtengan un resultado con sede judicial.

Es importante tener en cuenta la masculinización en el terreno de la inmigración ya que existen altas probabilidades de que se produzca una reagrupación familiar como en las sentencias antes mencionadas. Resulta interesante el hecho de que de los países en los que se practica la MGF, en España residen más hombres que mujeres⁷.

Por último es importante explicar que Cataluña es la CCAA de España en la que residen 1,1 millones de extranjeros (15,6 % población total), de los cuales 70.000 son procedentes de países en los que se practica la MGF⁸. Las nacionalidades más destacadas son Gambia y Senegal, países originarios de los acusados de las sentencias. Si concretamos dichas cifras podemos decir que 18.000 mujeres residen en la región (aumento de 5.000 respecto del año 2008) así como el 37% de población infantil femenina (aumento de 2.000 desde 2008). Cataluña es la CCAA con más población en riesgo de practicarse una MGF en cuanto a cifras como edades, ya que dicha práctica suele realizarse a temprana edad⁹.

En conclusión resulta sorprendente que tan solo dos casos de MGF hayan llegado a sede judicial. Simplemente cogiendo como ejemplo a Cataluña las cifras en las que existe riesgo de que se produzca dicha práctica son muy dispares debido a la procedencia de los inmigrantes, las culturas de sus países de orígenes e incluso las edades. Esta realidad que trata de ocultarse tras la esfera privada de multitud de familias comporta que surjan ciertas dudas sobre la viabilidad de los mecanismos que hoy por hoy se tienen para combatir dichas prácticas y si realmente están surtiendo el efecto que se espera de ellos.

⁷ KAPLAN/LÓPEZ, *Mapa de la mutilación genital femenina*, cit., p. 20.

⁸ Ver Anexo 1 “Gráficos y estadísticas MGF-Cataluña”.

⁹ KAPLAN/LÓPEZ, *Mapa de la mutilación genital femenina*, cit., p. 77.

Capítulo 2. Respuestas del derecho ante la Mutilación Genital Femenina

Ante la constante recepción de inmigrantes de diferentes países con tradiciones, culturas y costumbres propias, el legislador se muestra de forma activa ante dicha situación y en consecuencia ha motivado y promovido la inclusión de nuevos tipos penales para tratar de castigar prácticas que en nuestro ordenamiento jurídico hasta el momento eran desconocidas como las MGF fundamentado en 2 razones:

- Es una manifestación de violencia de género que atenta contra la dignidad de la mujer y vulnera sus derechos fundamentales.
- Recomendaciones contenidas en documentos internacionales para tratar de incluir este delito en las legislaciones penales.¹⁰ Así sucede en España precisamente con la reforma del art. 149 del CP que tuvo lugar en el año 2003 al añadir un 2º párrafo dedicado a las MGF que más adelante se explicará.

2.1 Regulación Internacional

La prohibición de la MGF queda recogida en diversos textos internacionales de los cuales cabe diferenciar entre los más generales sobre reconocimiento de derechos humanos y los que han surgido con la finalidad de erradicar cualquier forma de discriminación hacia la mujer¹¹.

¹⁰ SERRANO TÁRRAGA, Mº Dolores, “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, Revista de Derecho UNED, nº 11 (2012) p. 875 en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2012-11-4060&dsID=Documento.pdf> (visitado 15.12.2013).

¹¹ TORRES FERNÁNDEZ, Mº Helena, “El nuevo delito de mutilación genital”, Enero 2005, Epígrafe III: “La regulación internacional” en Vlex : <http://vlex.com/vid/322183> (visitado 10.03.2014)

2.1.1 Textos internacionales genéricos de protección de los derechos humanos

Como hito de referencia mencionar la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**¹² como constituyente de una base para proteger a las mujeres frente a la MGF al reconocer la igualdad entre seres humanos en derechos y dignidad junto con el derecho a no ser sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5). En la misma línea de protección hacer mención de otro texto clásico: **el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**¹³ concretamente su art. 7 al proteger a las personas de torturas y penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.¹⁴.

De forma también genérica, **el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (1966)**¹⁵, concretamente en su preámbulo y la **Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre la población y el desarrollo (1994)**¹⁶, abordan el derecho al disfrute de la salud y bienestar físico y mental así como promover una política educativa en los países afectados. Perspectiva de la acción en cuanto a las MGF por parte de la Organización Mundial de la Salud.

2.1.2 Textos internacionales específicos de erradicación de la discriminación y la violencia contra la mujer

Como texto más específico podría mencionarse **la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**

¹² Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948 en París.

¹³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), el 16 de diciembre de 1966.

¹⁴ AGIRREGOMEZKORTA IBARLUZEA, Rosa Belén y FUERTES CABRERA, Irene, “La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica” Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo del Ayuntamiento de Málaga. Ed: Paz y desarrollo, p. 42 y 43 en: http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf (visitado 16.03.2014).

¹⁵ Aprobado por la Asamblea General de las NNUU mediante la Resolución 2200^a (XXI) el 16 de diciembre de 1966.

¹⁶ Aprobada en la IV Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo llevada a cabo en el Cairo entre el 5 y el 13 de septiembre de 1994.

(CEDAW) de 1979¹⁷, es de interés su art. 5 relativo a la obligación de los estados signatarios de modificar prácticas culturales que contengan una idea de inferioridad o superioridad entre sexos o en cuanto a funciones estereotipadas de hombres y mujeres, es necesario mencionar la Recomendación General 14 (1990) en la que se menciona la MGF para la adopción de las necesarias estrategias médicas y educativas. Más adelante en 1993, se aprueba la **Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia sobre la Mujer**¹⁸, aportación importante relativa a la violencia en el marco de la vida privada: MGF en su art. 4¹⁹ se establece la prohibición de invocar costumbres o tradiciones para eludir la erradicación de dicha violencia²⁰.

En otros textos, “la MGF es situada como una práctica que constituye un obstáculo en cuanto al control de la sexualidad, el reconocimiento de la igual libertad de la mujer y el varón en el ejercicio de la misma y los derechos de salud sexual y reproductiva²¹”. Así sucede en la **Declaración y Plataforma de Acción de Pekín (1995)**²².

Debido a que la MGF suele practicarse a edades tempranas, es de gran importancia la **Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño**²³, concretamente su art. 24²⁴

¹⁷ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180 el 18 de diciembre de 1979.

¹⁸ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993.

¹⁹ **Artículo 4 Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia sobre la Mujer:** Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer.

²⁰ HERRERA MORENO, Myriam, “*Multiculturalismo y tutela penal: A propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*”, Revista de Derecho Penal nº5: doctrina, jurisprudencia y legislación. Ed: Lex Nova, 2001, p. 58.

²¹ TORRES, *El nuevo delito de mutilación genital*” cit., epígrafe III: La regulación internacional.

²² Adoptada en la IV Conferencia Mundial de la mujer entre el 4 y 15 de septiembre de 1995 en Beijing.

²³ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989.

²⁴ **Artículo 24 Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño:** 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

acerca de la intervención pública para abolir prácticas de victimización infantil que se basen en tradiciones²⁵.

Por último, desde una perspectiva dirigida a erradicar la discriminación fundada en creencias religiosas e ideológicas, debe ser mencionada la **Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones (1981)**²⁶, que trata de dar protección a los menores frente a prácticas confesionales o culturales de índole victimizante²⁷, concretamente su art. 5.5 estableciéndose que los niños no podrán ver afectada su salud física, mental o desarrollo integral debido a la religión o convicción en la que se eduque.

2.2 El proceso de reforma del art. 149.2 CP

A lo largo del año 2003, se realizaron diversas reformas en materia penal entre las que se encuentra la L.O 11/2003, de 29 de Septiembre relacionada con las medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Dicha reforma es originada por la recepción que vive España de multitud de extranjeros con sus costumbres y tradiciones típicas, hecho que comporta “la aparición de nuevas situaciones a las que el OJ español, debe dar una respuesta adecuada ya que la mutilación genital de mujeres y niñas debe erradicarse y combatirse con gran firmeza sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”²⁸. Debido a las terribles consecuencias de la MGF, se ha despertado gran sensibilización en la comunidad internacional establecimiento mecanismos para combatirla, y siguiendo esa línea, el legislador español decidió incorporar explícitamente al Ordenamiento Jurídico español penal, la MGF como un delito autónomo y específico en el art. 149.2 del CP. Muestra de la utilización de dicho precepto son las sentencias del caso Mataró y Teruel donde el delito que se imputa a los acusados es precisamente el recogido en el mencionado artículo.

²⁵ HERRERA, “*Multiculturalismo y tutela penal*” cit., p. 58.

²⁶ Proclamada por la Asamblea General de las NNUU el 25 de noviembre de 1981 en la resolución 36/55.

²⁷ HERRERA, “*Multiculturalismo y tutela penal*” cit., p. 58.

²⁸ L.O 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, Publicada en el Boletín Oficial del Estado BOE núm. 234 de Martes 30 de septiembre 2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2003.

El tipo penal en cuestión es el de lesiones y en consecuencia los bienes jurídicos protegidos son la integridad corporal, salud física, psíquica o mental²⁹. Existen diversas modalidades de lesiones, en este caso concreto se trata de tipos agravados en base al resultado producido³⁰.

La reforma del art. 149 del CP consiste en incluir un 2º apartado en el que se castiga con pena de seis a doce años, el que “causara una mutilación en cualquiera de sus manifestaciones”. Debido a que mayoritariamente son los padres o familiares directos de las víctimas los que realizan dichas mutilaciones, cuando se trata de menores o incapaces, la reforma prevé una inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de cuatro a diez años con la finalidad de proteger al menor o incapaz siempre y cuando el juez lo estime conveniente³¹.

2.2.1 La tramitación parlamentaria

Tras diversas investigaciones de medios de comunicación relacionadas con casos de clitoridectomía y de escisiones clitoridianas en España, surge cierta preocupación ciudadana y en consecuencia un debate multiculturalista y político-criminal acerca de las MGF.

El 10 de Noviembre de 1998, la Comisión mixta de Derechos de la Mujer aprueba una proposición no de ley instando al Gobierno una actuación informativa de prevención y sanitaria, junto con un programa socioeconómico, en colaboración con las ONG y otras instituciones internacionales para abolir las MGF. El 02 de Abril de 2001, dicha Comisión aprueba una Proposición no de Ley instando al Gobierno a la protección de las mujeres que hubieran abandonado sus países tratando de huir de la violencia de género³².

²⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B, *Derecho Penal Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos TOMO 1. Delitos contra las personas.* 3º edición Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, p.89.

³⁰ LAMARCA PÉREZ, Carme, *Derecho Penal parte especial.* 4º edición. Madrid: Ed. Colex, 2008, p. 74 y 75.

³¹ SERRANO “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal” cit., p. 878.

³² HERRERA, “*Multiculturalismo y tutela penal*” cit., p. 64.

El 21 de Mayo de 2001, la mesa de la Cámara admite a trámite como proposición no de Ley para debatir en el pleno del Congreso las iniciativas parlamentarias del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), Mixto (GPM), Catalán (GPC)³³, el 1 de Junio de 2001, la iniciativa parlamentaria del Grupo Parlamentario Popular junto con la del Federal de Izquierda Unida³⁴. Las 5 propuestas se unieron y el 19 de Junio del mismo año, el Pleno del Congreso de los Diputados publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, una conjunta enmienda transaccional aprobando ciertas medidas informativas y de prevención de dichas prácticas entre los inmigrantes³⁵.

Es en el Senado donde tiene origen la siguiente Proposición de Ley de Reforma del art. 149 de la L.O 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de introducir una cláusula de interpretación sobre la represión de la mutilación genital femenina 622/000012 consistente en añadir al art. 149 del CP un párrafo segundo: “*En todo caso se considerará comprendida en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en cualquier de sus manifestaciones*”³⁶.

Una vez obtenido el texto definitivo a través de la L.O 11/2003 puede apreciarse identidad con el del Anteproyecto cuando se habla en términos generales del hecho prohibido, siendo por tanto, indiferente tanto el sujeto activo como el pasivo. Pero en el Proyecto de Ley, dicho hecho tenía una connotación femenina, aunque debido a diversas enmiendas de las que cabe destacar la nº141 del Grupo Parlamentario Catalán (CIU), que se dio en el Informe de la Ponencia del 11 de junio de 2003, se optó definitivamente por la redacción genérica. De no tratar el delito de ese modo, supondría la impunidad de acciones que podrían estar encuadradas en el tipo y que merecían el mismo castigo³⁷.

³³ Publicado en el Diario de Sesiones del Congreso de 21 de mayo de 2001.- Serie D. Núm. 179, pág. 5 a 10.

³⁴ Publicada en el Diario de Sesiones del Congreso de 1 de junio de 2001.- Serie D. Núm. 188, pág. 13 a 15.

³⁵ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana y BEDOYA MURIEL, Mº Helena, “Mutilaciones genitales femeninas: La respuesta del derecho”. Octubre 2002, Fundación Wassu- UAB, p. 37 a 43 en http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/5cesp.pdf?iframe=true&width=100%25&height=100%25 (visitado 08.03.2014).

³⁶ KAPLAN/BEDOYA “Mutilaciones genitales femeninas”, cit., p. 46 y 47.

³⁷ TORRES, “El nuevo delito de mutilación genital”, cit., Epígrafe IV 1º punto: “Tramitación parlamentaria”.

En resumen, se aprecian 2 posiciones en cuanto a la tipificación expresa del delito³⁸:

1. Posición de los integrantes del Grupo Parlamentario Mixto (Sr. López Aguilar y Sr. Cuenca Cañizares) considerando que aún sin existir dicha tipificación, la mutilación genital podía encuadrarse dentro del tipo agravado de lesiones del antiguo art. 149 CP.

2. Posición mantenida por el Sr. Ministro de Justicia, Michavila Nuñez entre otros, considerando que la tipificación tiene la función de llenar una laguna legal y que en defecto de ésta, la mutilación no tendría cabida en el CP para poderla castigar.

2.2.2 Vías de incriminación penal antes de la reforma de la L.O 11/2003, de 29 de Septiembre

El tipo penal de mutilación genital castiga exactamente en su 2º párrafo del art. 149 “causar a otro una mutilación genital”. Es interesante la definición de estos conceptos según el Diccionario de la Real Academia Española.³⁹. Dicha expresión consiste en amputar órganos sexuales externos, teniendo en cuenta a un tercero indiferenciado ya sea hombre o mujer debido a una formulación neutral.

El tipo continua con la afirmación “en cualquiera de sus manifestaciones”. “La OMS distingue claramente cuatro tipos de mutilaciones, teniendo en cuenta la severidad de la intervención practicada”⁴⁰. Con esta redacción podrían incluirse, todas las modalidades que como mínimo tengan el efecto de amputación, aunque pueden surgir dudas respecto del IV tipo al tratarse de diversas técnicas lesivas que no producen concretamente amputación, sin embargo, mantendrán dicha calificación cuando las lesiones producidas sobre la capacidad sexual sean equiparables a una amputación. Quedarían incluidas en

³⁸ TORRES, “El nuevo delito de mutilación genital”, cit., Epígrafe IV 1º punto: “Tramitación parlamentaria”.

³⁹ **Mutilar:** “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”.

Genital: 2º aceptación se define como “órganos sexuales externos”

Diccionario de la lengua española (22º. Edición), Real Academia Española, 2001, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=mutilar>, <http://lema.rae.es/drae/?d=drae&val=genital&x=23&y=8#> (visitado 29.11.2013).

⁴⁰ Ver Anexo 2 “Tipos de MGF”.

el tipo las actuaciones sobre los órganos sexuales femeninos, especialmente el clítoris cuando éste resulte dañado impidiendo que cumpla con su función para el ejercicio de la sexualidad en plenitud, una lesión de estas características sería equivalente en sus efectos sobre la mujer a la impotencia masculina ya que ambas conllevan una falta de aptitud para mantener una relación sexual placentera y satisfactoria (art. 149.1 CP)⁴¹.

Una de las razones que ha motivado la nueva redacción del artículo atiende a la falta de jurisprudencia sobre ablación de clítoris para reconocerlo como órgano principal o no, se trata de un concepto valorativo ya que no existen precedentes legislativos que ofrezcan un criterio uniforme en cuanto a su valoración, de modo que considerar un órgano más o menos principal en cierta manera dependerá de las creencias y valores dominantes en cada sociedad concreta. Es necesario establecer qué entiende la jurisprudencia por principal: “extremidad u órgano que posea relevante actuación funcional para la vida, la salud o el desenvolvimiento normal del individuo”⁴². Dicho problema es inexistente respecto los órganos sexuales masculinos que sí que tienen la consideración de principales y por tanto, dicha conducta se castigaba a través del antiguo art. 149 CP, aunque el objeto de mutilación, por su relevancia bio-psico-social, merece ser englobado en el apartado penal en el que se han valorado como miembro principal órganos como por ejemplo el brazo, ojo o lengua⁴³.

Gozan de importancia ciertas posturas anteriores a la reforma, tratando de incluir la MGF en el tipo agravado del art. 149 entendiéndola como “impotencia”, es decir, imposibilidad de realizar el coito y anulación de la capacidad de disfrutar de la vida sexual, ello supone que ambos factores van unidos. Pero está presunción no es cierta ya que a una mujer a la cual se le ha practicado una mutilación, no sentirá placer, pero perfectamente puede realizar el coito, precisamente ahí se encuentra el origen de dicha práctica como símbolo de sumisión y dominio masculino, si dichas prácticas privarán completamente de la posibilidad de realizar el coito, no tendrían sentido. De manera que tratar de penalizar la mutilación a través del tipo agravado del art. 149, genera inseguridad

⁴¹ TORRES FERNÁNDEZ, Mº Helena, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, Nº. 17, 2008, Valencia, 30 y 31 de octubre de 2008, p. 9 en <http://www.uv.es/cefd/17/torres.pdf> (visitado 26.11.2013).

⁴² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “et al”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9º edición. Navarra:Ed. Thomson Reuters, 2011, p. 116.

⁴³ HERRERA, “Multiculturalismo y tutela penal” cit., p. 66 y 67.

jurídica, y quedaría sujeto a las diferentes interpretaciones del término impotencia y a la consideración de si el clítoris obtiene o no la denominación de “órgano principal”⁴⁴.

Torres expone de la siguiente manera que “la tipificación expresa de la mutilación tiene como finalidad la equiparación de la protección de la mujer y el varón frente determinadas formas de lesiones, diversas por la diferencia fisiológica de los sexos, pero igualmente incapacitantes para ambos en el sentido de privarles de plenitud de sus capacidades sexuales”⁴⁵. Esta tipificación trata de igualar la amputación de los órganos femeninos con la de los masculinos, ya que la esterilidad no es siempre consecuencia de la ablación y la impotencia suele predicarse de los hombres no de las mujeres. Además la tipificación de la ablación como un supuesto de pérdida de miembro principal, comportaría mucha inseguridad jurídica como se ha mencionado anteriormente debido a las diversas interpretaciones que pueden llevarse a cabo al respecto.

En resumen, la tipificación de la MGF no atiende realmente a una falta de tipos penales de lesiones para poder castigarla, ya que era posible con el art. 149 en su tipo agravado, de modo que constituye una manifestación del derecho penal simbólico, incorporando tipos penales en realidad innecesarios, tratándose en definitiva de una reforma sólo publicitaria⁴⁶. El verdadero motivo es poder castigar con la misma gravedad y pena hechos diferentes, debido a la distinta fisiología existente entre mujeres y varones, que comportan el mismo resultado negativo en cuanto a la salud y capacidad personal, ya que hasta la presente reforma, el elemento punitivo de las mutilaciones genitales era inferior a la de los varones.

2.2.3 La incriminación específica de las mutilaciones genitales

En España durante la primera década de los años 90 del siglo XX se detectan diversos casos de MGF entre inmigrantes del África Subsahariana a través de ginecólogos y pediatras, y en consecuencia salta la alarma social reflejándose ésta en reformas

⁴⁴ TORRES, “La mutilación genital femenina” cit., p. 10 y 11.

⁴⁵ TORRES, “El nuevo delito de mutilación genital” cit., Epígrafe IV 3º punto: “El tipo penal de mutilación genital”.

⁴⁶ LAMARCA “Derecho Penal parte especial” cit., p. 771

legislativas como la del art. 149 del CP⁴⁷. Llamativa es la presentación de la Reforma al tratar de hallar una medida de integración social de extranjeros y a la vez persiguiendo una práctica que tiene como significado la integración en el colectivo en el que es practicada.

Existen diversas estrategias para erradicar dichas prácticas como las campañas de sensibilización, la educación, la prohibición legal y el apoyo a las víctimas, pero la intervención penal como única respuesta ante la MGF, no es suficiente, el problema se encuentra en la necesidad de que se acompañen programas de actuación, es decir, tratar de abordar el tema de forma integral. La aportación de soluciones desde el Ordenamiento Jurídico, concretamente el derecho penal, son limitadas, por los propios rasgos de ese sector debido a su carácter de *ultima ratio*. Uno de los principios que caracteriza este derecho es el de intervención mínima, en consecuencia el estado debe proteger los intereses de la sociedad y subsidiariamente recurrir a la sanción penal. Si únicamente se utilizara la vía penal se derivaría en la realización de dichas prácticas de manera clandestina y se aumentaría la dificultad para combatirlas ya que la existencia de leyes en si no comportará su desaparición⁴⁸.

Ante un tema tan complejo como es el de la MGF, el derecho penal no puede substituir la importancia del tratamiento social y preventivo, aunque ambos deben considerarse complementarios el uno del otro ya que es necesaria la labor de realizar un trabajo de información y prevención con las familias afectadas. En el caso de la MGF, existe una fuerte interrelación entre derechos y valores culturales de manera que la respuesta a dicha situación no puede reducirse al simple castigo (reforma art. 149 CP). Es imprescindible que dicho tema sea abordado analizando en profundidad sus raíces a

⁴⁷ BEDOYA MURIEL, Helena y KAPLAN, Adriana. (2004) “*Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica*” en de LUCAS, J. y GARCIA AÑÓN, J. (Ed.) *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard to FGM. Spanish Report*, Universitat de Valencia. p. 29 y 30. En http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Aprox.interdiscipl.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013).

⁴⁸ PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, Noticias jurídicas Diciembre 2011, Epígrafe 4º “Conclusiones” en: http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201112_23513842442538.html (visitado 30.10.2013) y TORRES, “La mutilación genital femenina” cit., p. 6.

través de la educación, concienciación, reflexión, sensibilización y del respeto hacia lo diferente⁴⁹.

2.3 El Principio de justicia universal

El *ius puniendi* es la facultad del Estado para castigar gracias a su soberanía⁵⁰, de modo que el principio básico para la aplicación de la ley penal es el principio de territorialidad: criterio que establece la aplicación con carácter exclusivo de la ley penal del territorio a todos los hechos delictivos que se cometan en el mismo⁵¹. Sin embargo, son posibles excepciones a dicho principio como la aplicación extraterritorial de la Ley Penal, inspirada en el principio de justicia universal recogido en el art. 23 de la L.O.P.J. Principio utilizado en el “Caso Mataró” ya que la MGF fue practicada en Senegal y se aplica una ley penal española (art. 149.2 CP) a un delito cometido fuera de las fronteras de España. En virtud de dicho principio, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando lesionan bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional⁵².

El principio de justicia universal tiene carácter subsidiario, entra en juego cuando los órganos competentes para juzgar el delito en el país que se cometió no inicien su persecución y castigo, de manera que atribuirá competencia a los tribunales de un Estado para poder enjuiciar delitos cometidos en el extranjero por extranjeros.

⁴⁹ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, “Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales”. En ISSN 1138-5774, N°19 2006, p. 202 a 204 en http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/9c.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013) y SERRANO, “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal” cit., p. 887.

⁵⁰ CARRILLO, Ainara, “La reciente aplicación extraterritorial de la Ley penal por ablación femenina practicada fuera de España” Lawyerpress Madrid 3 de Julio de 2013 1º y 2º párrafo en http://www.lawyerspress.com/news/2013_07/0307_13_006.html (visitado 15.12.2013).

⁵¹ REUS MARTÍNEZ, Natalia, “La Ley Penal y Territorialidad”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 1 de mayo de 2003 “Epígrafe II: Significado”, en http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168497099&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491172&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469736&siteName=RevistaJuridica (visitado 13.04.2014).

⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*. Valencia:Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 160.

El presupuesto fundamental para aplicar la ley penal con arreglo a este principio es la naturaleza de los delitos, éstos deben atentar contra intereses fundamentales de la Comunidad Internacional, intereses de gran importancia sobretodo en cuanto a su conservación⁵³. Características de este principio⁵⁴:

- Delitos de naturaleza internacional. La finalidad de su tipificación es proteger bienes jurídicos internacionales o universales reconocidos por la Comunidad Internacional y por cada uno de los Estados.

- Necesidad de intervención de la comunidad internacional, siempre y cuando el Estado del territorio en que se han cometido dichos delitos no los persigue o bien no puede perseguirlos con la finalidad de que no queden impunes.

- Solidaridad internacional entre estados con el fin de proteger y defender los intereses internacionales o bienes jurídicos universales o supranacionales traducido en una representación de intereses universales.

Por último destacar la compleja configuración legal del mencionado principio en el Derecho positivo que hace que no se consagre de manera absoluta en ningún Estado ya que aunque en un primer momento en España se consagró absolutamente en el art. 23.4 de la L.O.P.J, sufrió restricciones debido a diversas reformas que se explicarán a continuación. Deben tenerse en cuenta 2 factores:

1) El principio de no injerencia por parte de un estado en otro en cuanto a los asuntos internos.

2) Impedir la impunidad de los delitos contra la comunidad internacional⁵⁵.

⁵³ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “*La reforma del principio de justicia universal*”. Revista de Derecho Penal nº31: doctrina, jurisprudencia y legislación. Ed: Lex Nova 2010, p. 15.

⁵⁴ SERRANO, “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal” cit., p. 882 y 883.

⁵⁵ LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, “*La reforma de la jurisdicción universal operada por la LO 1/2009*”. Revista Aranzadi Doctrinal num.3/2010 parte Estudio. Ed: Aranzadi S.A Pamplona 2010 p.1 y 2.

2.3.1 L.O 3/2005 de 8 de julio: la extensión del principio de justicia universal a la persecución de las mutilaciones genitales femeninas

En este período, el legislador comprende que no es suficiente con la reforma del art. 149 del CP para perseguir y castigar la MGF ya en su mayoría, ésta es realizada fuera de España y comporta un ejercicio de violencia de género contra las mujeres considerado un atentado a los derechos humanos. Esta práctica debe considerarse trato inhumano y degradante de manera tiene cabida en el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁶.

Debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas son consideradas una costumbre, los Estados de la UE en cuyas constituciones se reconoce el derecho a la integridad personal, se ven enfrentados con dicho fenómeno de recepción de prácticas que en nuestra cultura no tienen lugar y que no pueden ser justificadas para evitar su persecución, prevención y castigo como vulneración de los derechos humanos. Tal y como se desprende de la exposición de motivos de la L.O 3/2005⁵⁷, se posibilita la persecución extraterritorial de la MGF cuando el delito es cometido en el extranjero aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

La modificación consiste en añadir el epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.⁵⁸

⁵⁶Convenio Europeo de Derechos Humanos **Artículo 3:** “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (visitado 19.01.2013).

⁵⁷ LEY ORGÁNICA 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

⁵⁸ **Artículo 23.4 de la LOPJ:** 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:*

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- 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.

Antes de la reforma, existían ciertas dificultades para perseguir la MGF ya que muchas de las personas acusadas de mutilar alegaban la típica frase: “se hizo allí”, de manera que era muy común hablar del “turismo ablativo”⁵⁹, muchas personas acudían al país de origen para realizar dichas prácticas a sabiendas que en un determinado país como por ejemplo España, no era posible su castigo debido a las limitaciones del principio de territorialidad.

El objetivo último de la reforma era la protección de los derechos fundamentales, la dignidad, la igualdad, la integridad física y psíquica de la mujer en los casos en los que dichas prácticas no son constitutivas de delito en el estado en que se llevaron a cabo o porque aun estando castigada como delito, es tolerada por formar parte de las tradiciones culturales de determinados estados y no existe interés en su persecución por no despertar alarma social al no ser considerada como un atentado y violación de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres, sino como una práctica esencial en cuanto al sentimiento de pertenencia a un grupo. En consecuencia, éstas finalmente, son impunes y al no aplicarse el principio de territorialidad, subsidiariamente se aplica el principio de justicia universal como en el caso de España, imprescindible para luchar contra la violencia de género, proteger a menores y para evitar posibles vulneraciones de derechos humanos de las mujeres inmigrantes.

En la estructura del art. 23.4 de la L.O.P.J., se aprecia por un lado una lista cerrada de delitos que se pueden atribuir a la jurisdicción española (letras a-g) y por otro una cláusula abierta (letra h). De manera que los tribunales tendrán jurisdicción cuando el derecho interno se lo atribuya directamente y también cuando del mismo modo le atribuyan competencia los tratados o convenios internacionales suscritos por España.

En resumen la ley 3/2005, permite a los tribunales españoles conocer hechos cometidos por extranjeros y españoles, fuera del territorio nacional, siempre que según la ley española, dichos hechos sean constitutivos de delitos, la MGF quedará incluida siempre y cuando los responsables se hallen en España. Los delitos incluidos en dicho principio aparecen recogidos en el art. 23.4 de la LOPJ y en todo caso, los tribunales para que puedan llevar a cabo su competencia, no se debe haber iniciado un procedimiento en

⁵⁹ HERRERA, “*Multiculturalismo y tutela penal*” cit., p.81.

otro país o en algún Tribunal Internacional sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales suscritos por España.

2.3.2 L.O 1/2014, de 13 de marzo: la desaparición de la extraterritorialidad en la persecución de las mutilaciones genitales femeninas

Recientemente el principio de justicia universal ha sido objeto de reforma impulsada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso el 14 de marzo de 2014, la cual entró en vigor al día siguiente de su publicación. La reforma ha consistido de un lado en una nueva redacción de los apartados 2, 4 y 5 del art. 23 de la L.O.P.J y la inclusión de un apartado 6 y de otro lado de la introducción de un número 4º en el apartado 1 del art. 57 de la L.O.P.J. El objeto de ésta, según su Exposición de Motivos⁶⁰, consiste en cumplir con las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado y delimitar los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía concretando tanto límites positivos como negativos en cuanto a la actuación. Se amplía la lista de delitos, que cometidos en el extranjero, son perseguibles por la jurisdicción española: delitos relacionados con violencia contra la mujer, violencia doméstica, tortura, corrupción de agente público extranjero.

A raíz de la incorporación del apartado 6 al art. 23, ya no tendrá lugar la acción popular por ser necesaria la interposición de querella por parte del agraviado o por el Ministerio Fiscal. Además en la disposición transitoria única, se establece que “Para las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta reforma”.

Lo importante de la reforma en cuanto al objeto del proyecto es la eliminación de la MGF de la lista de crímenes, en consecuencia se advierte una desprotección en la que pueden encontrarse miles de niñas que residan en España procedentes de países donde se realizan dichas prácticas, concretamente casi 17.000 niñas menores de 14 años

⁶⁰ LEY ORGÁNICA 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

correrán el riesgo de ser mutiladas con el añadido de que dicha conducta podrá quedar impune⁶¹.

La nueva redacción del art. 23 de la LOPJ no menciona expresamente la MGF y aunque se refiere a delitos contra libertad, indemnidad sexual y tortura, la MGF no tiene cabida en esas categorías, ya que figuran como lesiones en el CP y aunque se encuadrarán, la reforma impone muchísimas restricciones a los jueces para que puedan actuar: que el presunto autor sea español, que sea extranjero que resida en España, que la víctima sea española o que el presunto autor se encuentre en España⁶². En resumen, todo lo que se había avanzado con la anterior reforma, queda desvirtuada con la actual y en consecuencia genera gran indefensión para las víctimas de la MGF.

⁶¹ JUAN FRAN, “La reforma de la Justicia Universal excluye la mutilación genital femenina”, en Ocultados, periodismo sobre asociaciones, colectivos, minorías y personas discriminadas por la prensa convencional, haciendo visible lo oculto, 1 de Marzo de 2014 1º párrafo en: <http://ocultados.com/2014/03/10/la-reforma-de-la-justicia-universal-excluye-la-mutilacion-genital-femenina/> (visitado el 11.03.2014).

⁶² EUROPA PRESS: “La reforma de la justicia universal suprime la persecución de la ablación”, Epsocial 5 de Febrero de 2014 p. 1 en <http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-tribunales-espanoles-no-podran-perseguir-mutilacion-genital-femenina-reforma-justicia-universal-20140205143443.html> (visitado 22.03.2014).

Capítulo 3. El multiculturalismo y el desconocimiento del derecho

La sociedad contemporánea actual se caracteriza por diversos tipos de globalización: política, económica pero también ha adquirido gran importancia la cultura. La relación existente entre globalización y derechos humanos puede ser de 2 formas; una donde se da la posibilidad de que coexistan interpretaciones de distintas culturas donde todas cobran importancia y otra en la que se da una fragmentación cultural, donde una se superpone a otra⁶³.

Debido a la continua recepción de inmigrantes de diversos países con costumbres y tradiciones diferentes, cada vez es más frecuente que se dé una coexistencia de culturas no típicas de los países de recepción y en consecuencia es posible el surgimiento de conflictos derivados del multiculturalismo, un ejemplo sería la MGF objeto de análisis de este proyecto ya que ésta forma parte de las creencias de ciertos países como Senegal (Caso Mataró) y Gambia (Caso Teruel) y son realizadas bajo la cobertura de creencias culturales o de tradiciones ancestrales, aunque eso no es suficiente para justificar la realización de conductas contrarias a la ley y que afecten a la integridad de las mujeres. A través de la creencia de estar actuando en nombre de la religión y en consecuencia lícitamente, es cuando aparecen figuras penales como la del error de prohibición (art. 14.3 CP) que se explicará más adelante muy relacionado con la culpabilidad y con una posible atenuación e incluso exoneración.

Los conflictos de multiculturalidad deben resolverse teniendo en cuenta la dignidad humana, estableciendo como límite el respeto hacia los derechos humanos, éstos deben ser el “mínimo común denominador”⁶⁴ en el tratamiento entre personas y culturas diversas, respaldado por la comunidad internacional de manera que debe ser considerado irrenunciable.

⁶³ MALDONADO SMITH, Mario Eduardo, “Noción de derechos humanos. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión Comisión Bicameral del sistema de bibliotecas. Secretaría General. Secretaría de servicios Parlamentarios. Enero-agosto de 2013, p. 2 y 5 en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-VI-12-13.pdf> (visitado 13.01.2014).

⁶⁴ TORRES, “*La mutilación genital femenina*” cit., p.13

En cuanto a los motivos por los cuales es injustificable dicha práctica basada en creencias o culturas para sobrepasar los límites establecidos por los derechos humanos, encontramos en el ordenamiento jurídico español de modo general el art. 3.2 L.O sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como un límite al relativismo imposibilitando que la incorporación de valores procedentes de otras culturas sirvan para amparar o justificar violaciones de derechos y en un ámbito más concreto, centrado en la MGF, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio ya citada con anterioridad.“El multiculturalismo y la diversidad cultural deben tener sus límites en los derechos humanos y deben avanzar en la dirección de la interculturalidad, es decir, hacia el mestizaje, el intercambio y la comunicación entre culturas y razas”⁶⁵.

En definitiva, es necesaria la coexistencia de multiculturalidad donde todas las culturas sean tratadas por igual y respetadas, ya que éstas reflejan el carácter diverso y complejo de la propia humanidad, siempre y cuando se cumplan con ciertos límites como son el respeto y protección de los derechos humanos gracias a la cooperación internacional y también a ciertas políticas públicas que se han llevado a cabo concretamente en España muy relacionadas con la MGF donde aparecen autoras claves para hablar de ello.

3.1 Principales corrientes de acción pública contra la mutilación genital femenina

En la lucha para erradicar la MGF, han sido necesarias modificaciones legislativas como la del CP o la de la L.O.P.J, para tratar de perseguirlas y castigarlas, pero a pesar de ello, resulta insuficiente acudir únicamente al Derecho penal, es necesario un abordaje del tema amplio y sobretodo realizando acciones públicas para tratar de conseguir dicho objetivo desde una perspectiva más social encaminada a la orientación, concienciación y sensibilización. En dicho ámbito son de vital importancia dos autoras: Adriana Kaplan Marcusán e Inma Sau Giralt, cada una se adentra en el tema de forma diferente y valiéndose de mecanismos, instrumentos y pensamientos diferenciados que más adelante se explicarán.

⁶⁵ AGIRREGOMEZKORTA/FUERTES, “La ablación o mutilación genital femenina” cit., p.14.

Por un lado encontramos la figura de Adriana Kaplan considerando que debe partirse del origen del problema, en consecuencia, su ámbito de actuación son los países de origen donde dichas prácticas son tradicionales, tratando de alcanzar el respeto hacia éstas y elaborando un trabajo de concienciación: “rito alternativo”. En contraposición, aparece la otra cara de la moneda, Inma Sau que trata de perseguir su objetivo desde los países receptores de dichas prácticas y dando verdadera importancia a una actuación desde la atención primaria.

3.1.1 Desde la antropología social: Adriana Kaplan Marcusán

Kaplan dirige la Fundación Wassu-UAB (2012)⁶⁶, una organización científica internacional sobre la prevención de la MGF a través de una investigación antropológica y médica, aplicada a la transferencia de conocimiento⁶⁷. Trata la MGF tanto en el país de origen como en el país del destino de los inmigrantes y considera que para poder llevar a cabo una metodología preventiva efectiva y sostenible, es imprescindible entender el significado profundo y vital que envuelve la práctica, la mera prevención sin atender al valor cultural resulta ineficaz. De hecho si no se tiene en cuenta el contenido cultural, el objetivo perseguido puede ser contraproducente por dar lugar a resistencias para promover su perpetuación e incluso que se produzcan dichas prácticas de forma clandestina⁶⁸.

El proyecto de la Fundación, se centra en 2 países España y Gambia debido a que en España se encuentran las mujeres gambianas con mayor tasa de fertilidad y a la vez en dicho país hay un gran peligro y prevalencia de MGF⁶⁹. El objetivo último de la Dra. Kaplan es acabar con la MGF, y uno de los mecanismos que propone es una modificación en el ritual de paso de la infancia a la adolescencia “rito de iniciación

⁶⁶ ABAD, Iziar, “¡Nunca, nunca se lo haré a mis hijas!”, Pikara online magazine, Madrid 9 de septiembre de 2010 párrafo 2º en: <http://www.pikaramagazine.com/2010/12/%E2%80%9C%C2%A1nunca-nunca-se-lo-hare-a-mis-hijas%E2%80%9Del-grito-de-una-nina-africana-animo-a-la-antropologa-adriana-kaplan-a-luchar-contra-la-mutilacion-genital-femenina/> (visitado 9.12.2013).

⁶⁷ Fundación Wassu UAB. Grupo Interdisciplinar para la Prevención y el Estudio de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales “Nuestra historia” en <http://www.mgf.uab.cat/esp/fundationwassu.html> (visitado 9.12.2013).

⁶⁸ Fundación Wassu UAB cit., “¿Por qué un enfoque diferente”.

⁶⁹ Fundación Wassu UAB cit., “¿Por qué España y Gambia?.

alternativo” motivo primario y origen de las prácticas de las mutilaciones. La MGF, es un acontecimiento con un contenido cultural inseparable que tiene lugar en un elevado número de grupos de mujeres africanas. Es un rito de paso que se da durante el proceso de socialización infantil envuelto de simbolismos sociales y religiosos que proporcionan a las personas que lo realizan una serie de elementos vitales y sumamente necesarios: estatus, identidad étnica y de género y a la vez les otorga reconocimiento social y el sentimiento de pertenencia a un determinado grupo⁷⁰.

Los ritos de iniciación no son ritos de pubertad sino que están relacionados con la pubertad social, simbolizan el paso de la infancia a la pubertad que es el primer eslabón de la vida adulta. Tal como explica la Dra. Kaplan en su libro “de Senegambia a Catalunya”⁷¹, la iniciación femenina también conocida como *ñyakaa* se compone de 3 fases diferenciadas: separación, marginación y agregación⁷².

Una vez finalizado el rito de iniciación, a las protagonistas de éste se les crea un sentimiento de pertenencia a un grupo a través de unas señas de identidad propias como son las huellas físicas que no podrán ser jamás borradas de sus vidas así como los aprendizajes adquiridos que las caracterizan y diferencian del resto de grupos existentes.

Peregrino considera que Kaplan trata de proponer una iniciativa atrevida e innovadora que consiste en crear un rito de iniciación “alternativo”, consistiendo en un rito de paso incluyendo toda la significación y simbolismos psicológicos de “convertirse en mujer”,

⁷⁰ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana., et al, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”. En: Atención Primaria, Vol.38 Nº2. 2006 epígrafe 4º “Razones para el mantenimiento de las mutilaciones genitales femeninas y religión” http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Atencion_Primaria.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013)

⁷¹ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, *De Senegambia a Cataluña*: procesos de aculturación e integración social. Barcelona: Ed. Fundación La Caixa, 1998, p. 67-75.

⁷² **Separación:** las niñas se separan de la comunidad para realizarles la circuncisión, la ruptura con la anterior etapa queda reflejada por la excisión del clítoris, la sangre y el dolor. Quien realiza la mutilación recibe el nombre de *ngnangsimbah*.

Marginación: tiene una duración que dependerá del tiempo que necesita la herida para cicatrizar (entre 2 y 8 semanas, período de alto riesgo envuelto de tabúes y normas estrictas) y del aprendizaje de los iniciados. Es la fase con más contenido cultural donde se lleva a cabo el aprendizaje de las iniciadas y donde se les transmite enseñanzas culturales y sociales de su pueblo.

Agregación: tiene lugar una gran fiesta de “graduación” donde se hacen las presentaciones públicamente de las iniciadas como nuevos miembros y nuevos roles y categorías sociales. Es a través de dicha celebración como las iniciadas son aceptadas y reconocidas en la sociedad secreta de las mujeres como nuevos miembros de ella.

manteniendo las fases del rito con la única y gran diferencia que es la eliminación de la mutilación. Proyecto que en el año 2005 el gobierno de Gambia aprobó ya que se está manteniendo el significado del ritual, se trata de un cambio en el rito pero respetuoso y entendiendo la cultura⁷³.

Este rito alternativo si se extendiera surtiría efectos sumamente beneficiosos para muchísimas niñas que se encuentran en peligro, ya que trata de mantener el simbolismo de formar parte de un grupo pero evitando la lesión de los derechos de las niñas tan cruel y grave. En consecuencia si se mantuviera intacto el rito eliminando la mutilación, ya no tendría sentido hablar del error de prohibición y en consecuencia no estarían en sede judicial casos como los que son objeto de análisis de este proyecto. Es de interés tratar de conseguir que el rito alternativo logre sustituir al original por las grandes ventajas que éste proporciona.

3.1.2 Desde la asistencia pediátrica: Inma Sau

Inma Sau es una pediatra⁷⁴ que combate la MGF desde los países de recepción de inmigrantes concretamente desde el CAP, es decir desde la asistencia sanitaria. La MGF es una vulneración de los derechos de las niñas y las mujeres: derecho a la salud, integridad física y psíquica ya que no dejan de ser una muestra de violencia de género. En consecuencia, tal y como establece el Código Penal, los pediatras si tienen conocimiento de que se ha practicado una ablación, deben actuar de inmediato y denunciarlo ante un juez, sino éstos podrían ser castigados por lo dispuesto en el art.

⁷³ PEREGRINO, “En la lucha contra la ablación femenina se están violando otros derechos humanos”, Blog alternativo 5 de noviembre de 2009 sexto párrafo en <http://www.elblogalternativo.com/2009/11/05/adriana-kaplan-antropologa-en-la-lucha-contra-la-ablacion-se-estan-violando-otros-derechos-humanos/> (visitado 20.12.2013)

⁷⁴ Actualmente trabaja en el CAP de Santa Coloma de Farnes, situado en un municipio español de la provincia de Gerona, anteriormente tenía su consulta en Olot. Dicha provincia de Cataluña es un lugar donde hay zonas de altísima presencia de familias subsaharianas y por tanto, es especialista en disuadir y tratar de evitar que las familias practiquen ablaciones. Sau atendió a unas 250 niñas de 0 a 15 años cuando tenía su consulta en Olot, ahora en Sta Coloma de Farnes ya tiene alrededor de 80 niñas africanas.

GALLARDO, Angels, “Entrevista a Imma Sau”, El Periódico, 7 de abril de 2010 Pág.: 1 en: <http://pediatresdeponent.blogspot.com/2010/04/entrevista-imma-sau.html> (visitado 23.11.2013).

450 CP⁷⁵. La misma línea de actuación es la que se desprende de una entrevista realizada a dicha pediatra⁷⁶.

En Gerona existen 67 mesas de prevención y vigilancia para evitar las mutilaciones, son reuniones que permiten un trabajo coordinado entre educadores, sanitarios, servicios sociales y técnicos en inmigración con la finalidad de intercambiarse información sobre los datos de las familias subsaharianas que viven en dicha provincia. Para llevar a cabo la interconexión de información se crean circuitos de información yendo por las casas, las escuelas de las niñas y el técnico de inmigración con el censo. A través de estos agentes se pretende prevenir y detectar de forma precoz situaciones de riesgo para establecer un protocolo a escala local, que incluye el seguimiento de casos concretos y el conjunto de medidas que deben tomarse desde la primera sospecha, que en ese caso sería citar a los padres al CAP⁷⁷.

Los médicos deben tratar el tema con la familia desde el diálogo y la confianza mutua tratando de empatizar sin culpabilizar ni amenazar y sobretodo con gran respeto. “Se trata de crear un clima de relación “tolerante” más que “defensivo” teniendo actitudes de descripción y orientación más que de juicio y control, de flexibilidad más que de rigidez y de realización sobretodo dando a entender y explicando que se quiere lo mejor para sus hijas”⁷⁸. Una vez se lleva a cabo la exploración de la niña, ésta se debe registrar

⁷⁵ **Artículo 450 CP:** *1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

⁷⁶ AYLLÓN, Daniel, “El Gobierno perseguirá la ablación genital”, Público.es Madrid 23 de mayo de 2010 en: <http://www.publico.es/espana/314772/el-gobierno-perseguira-la-ablacion-genital> (visitado 23.11.2013).

⁷⁷ GALLARDO, Angels, “Entrevista a Imma Sau”, El Periódico, 7 de abril de 2010 p. 1.2. en: <http://pediatresdeponent.blogspot.com/2010/04/entrevista-imma-sau.html> (visitado 23.11.2013).

⁷⁸ KAPLAN MARCUSÁN, Adriana. y MARTÍNEZ BUENO, Cristina. (Coords):”Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales”. Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona, 2004 p. 20 en: http://www.aen.es/docs/guias_vg/guia_mutilacion_genital.pdf (visitado 22.11.2013).

en el CAP, los casos en los que existen motivos de atención y posible riesgo de MGF, son los siguientes⁷⁹:

- ⇒ Pertenercer a una etnia que practica la MGF.
- ⇒ Pertenercer a una familia donde la madre o las hermanas más grandes han padecido la mutilación.
- ⇒ Pertenercer a un grupo familiar que tiene muy presente el mito del retorno a su país de origen.
- ⇒ Proximidad de un viaje que pueda pasar la menor en el país de origen”.

En caso de un posible viaje una vez informados los pediatras, deben citar a los padres y a la niña en riesgo, para que ésta sea visitada y poder garantizar la integridad genital y pactar su preservación a la vuelta. Una vez realizada la exploración, los progenitores deben firmar un documento⁸⁰ donde la familia adquiere el compromiso de no practicar la ablación a sus hijas. “Las funciones de dicho documento son varias y todas beneficiosas para la niña: compromiso por parte de los padres, protección para la niña, garantía de la madre, aval delante de los familiares...Es un documento privado donde los únicos que tienen acceso a él son la familia y el personal sanitario”⁸¹. Una vez firmado el documento, el pediatra deberá concertar una próxima visita post viaje en su consulta para explorar de nuevo a la niña.

Lo que trata de hacer Sau es ofrecer toda la información de que dispone a la familia sobre lo que supone una MGF y los riesgos tanto físicos, psíquicos y emocionales para sus hijas. Éstos, en la mayoría de casos comprenden que se trata una práctica perjudicial

⁷⁹ “Protocol d’actuacions per prevenir la mutilació genital femenina”, Departament d’Acció Social i Ciutadania, Secretaria per a la Immigració, Barcelona 2007, p. 11 en: <http://www20.gencat.cat/portal/site/bsf/menuitem.cb7c44c1c72cf6b43f6c8910b0c0e1a0/?vgnextoid=296fb153f275210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=296fb153f275210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default> (visitado 29.11.2013), “Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya”, Departament de Salut. Direcció General de Planificació i Avaluació, Barcelona gener 2011, p. 19 en: http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Home%20Canal%20Salut/Professionals/Temes_de_salut/Violencia_i_maltractaments/documents/arxius/Operatiu_mutilacio.pdf (visitado 29.11.2013).

⁸⁰ Ver anexo 3 “Compromiso informado de evitación de la MGF”.

⁸¹ SAU GIRALT, Imma “Això també és violència de gènere” V Jornada sobre violència de gènere, Centre Cultural Bellvitge, l’hospitalet, 19 de Novembre de 2009, p. 35 en: <http://www.l-h.cat/gdocs/d3576486.pdf> (visitado 23.11.2013).

y deciden no llevarla a cabo, incluso hasta llegan a ponerse en contacto con su familia de África para explicarles lo que les acaban de explicar. Desgraciadamente no siempre se consigue dicho resultado y aquí es cuando el pediatra debe estar alerta y vigilar, para que antes de que la familia realice cualquier viaje, firme el documento de compromiso. Si la reacción del padre no es positiva, el pediatra se debe reunir con todo el equipo de trabajadores sociales, educadores, sanitarios y los Mossos d'Esquadra para debatir si es necesario o no trasladar el caso en concreto al juez y éste lo evaluará y tomará la decisión de retirar o no los pasaportes a los afectados. Esto es lo que se realiza en última instancia para evitar que viajen a su país de origen y practiquen la ablación.

Precisamente los casos objeto de análisis han llegado a sede judicial a través de la intervención llevada a cabo por los pediatras desde el CAP, desde ahí se descubre que ambas niñas han sufrido una mutilación y en consecuencia se inicia todo el procedimiento. Lo sorprendente es la pasividad de los padres sin sobresaltos al ser conocedores de las mutilaciones debido a su tradición, elemento que fuertemente choca con el derecho y da lugar a una figura bastante obtusa pero muy decisoria en delitos como este, que es el error de prohibición (art. 14.3 CP).

El objetivo perseguido tal como se ha dicho es tratar de prevenir la MGF y en el caso de que la prevención ya no sea posible, que los autores de éstas no queden impunes y se les castigue.

Sau afirma que en España si se siguen dichas pautas de actuación desde el CAP, se extinguirán las mutilaciones, “los hijos de la primera generación de inmigrantes acabarán con la ablación, la eliminarán. Y, por la influencia que el inmigrante ejerce en su familia en África, también acabará siendo así allí”⁸².

3.2 El error de prohibición

El error de prohibición es una figura regulada en el art. 14.3 del CP⁸³, y se da en casos de ausencia de conciencia de la antijuricidad del hecho, es decir, cuando el sujeto actúa

⁸² GALLARDO, “Entrevista a Imma Sau” cit., p. 3

⁸³ **Art. 14.3 CP:** 3. 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.

con la creencia de estar obrando lícitamente, conforme a derecho⁸⁴ y también cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho⁸⁵. Dicha figura está íntimamente relacionada con la culpabilidad, elemento esencial de la teoría del delito y pueden diferenciarse 2 tipos de error de prohibición⁸⁶:

- Vencible: comportaría la atenuación de la pena en una o dos grados. Autor actúa teniendo la posibilidad de conocer el ilícito del hecho y de motivarse con arreglo a las normas.
- Invencible: comportaría la exención de la responsabilidad penal. Autor no tiene la posibilidad de saber que realiza un hecho ilícito ni de motivarse por las normas.

Dicha figura aparece en las sentencias de los dos casos objeto de análisis, al realizar las acusadas, una MGF creyendo que actuaban de manera lícita y conforme a derecho por formar ésta parte de su tradición. El hecho de considerar la MGF como un bien derivado de la tradición y no como una lesión tipificada, conlleva a que se lleve a cabo su práctica ignorando su carácter nocivo y perjudicial así como su carácter delictivo como un tipo penal autónomo. En consecuencia es posible un efecto exculpatorio sino total, parcial teniendo en cuenta las características del infractor.

La fundamentación del castigo del error vencible radica en la obligación genérica de conocer el derecho, el ser humano debe decidir responsablemente y comportarse de manera ajustada a Derecho como miembro de la comunidad jurídica y evitar lo ilícito⁸⁷. En esta misma línea debe mencionarse que el principio de ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento “*nemini licet ignorare ius*”⁸⁸ pero dicho principio

⁸⁴ HAVA GARCÍA, Esther, “Error de prohibición”, Derecho en red, 24 de Diciembre de 2012 1º párrafo en <http://www.infoderechopenal.es/2012/12/error-de-prohibicion.html> (visitado 29.03.2014).

⁸⁵ MUÑOZ/ GARCÍA *Derecho Penal. Parte General* cit., p. 382.

⁸⁶ ZUGALDÍA, *Fundamentos de Derecho Penal*. cit., p. 334 y 335.

⁸⁷ NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Ed. Atelier Penal, 1999, p. 107-109.

⁸⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, Mariano “El error de prohibición en el Derecho Penal” en Revista Ámbito Jurídico en Epígrafe “El principio de la ignorancia de las leyes no eximen de su cumplimiento” http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8945 (visitado 31.03.2014)

debe cumplirse con ciertas matizaciones ya que resulta imposible que todo ser sea consciente de las leyes por las que se rige su estado: error de prohibición. En definitiva, tal y como establece Muñoz Conde, “la responsabilidad (o culpabilidad) penal en el Derecho vigente exige el conocimiento de la antijuridicidad o de las normas que la determinan, no el “reconocimiento” de las mismas”⁸⁹.

Profundizando en los casos antes mencionados, se considera que las acusadas no tenían conciencia de la ilicitud de su actuación, y como no pueden ser castigadas de igual modo que alguien que sea plenamente consciente, en consecuencia se opta por la existencia de un error de prohibición calificado de vencible. Para valorar la entidad del error de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala II, STS de 20 de julio de 2000, debe atenderse a las circunstancias objetivas y subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como la trascendencia jurídica de su obra junto con la naturaleza del hecho delictivo y sus características⁹⁰.

3.2.1 Vencibilidad del error de prohibición

No existe duda alguna de que en ambos casos se incurre en un error, ya que al tratarse de una MGF, las acusadas en ningún momento tuvieron razones para pensar sobre la ilicitud de su actuación al tratarse de una tradición, de modo que consideran que no solo es algo normal sino incluso necesario para la mujer.

Una vez las autoras creen estar actuando lícitamente, es necesario analizar la vencibilidad de dicho error a través de un análisis concreto del autor en cada caso así como de las posibilidades que le asisten a éste para disponer de medios y alcanzar el conocimiento del injusto⁹¹.

⁸⁹ MUÑOZ/ GARCÍA *Derecho Penal. Parte General* cit., p.386.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Penal Sección: 1º nº 336/2009 de 2 de abril de 2009 “Fundamento jurídico único 5º párrafo en http://www.belt.es/jurisprudencia/anterior/seg_pub_y_prot_civil/seg_pub/pdf/02042009-abuso-de-menor-por-ecuatoriano.pdf (visitado 15.02.2014).

⁹¹ ZUGALDÍA, *Fundamentos de Derecho Penal*. cit., p.342

Caso Mataró:

En la SAN 9/2013, queda acreditado que la acusada ignoraba la ilicitud de la MGF, muestra de ello es la forma tan natural en la que reaccionó en el primer reconocimiento médico de su hija cuando se le informó de la MGF sufrida por ésta, en ningún momento se sobresaltó, todo lo contrario se mostró indiferente e incluso admitió que a ella también se la habían practicado. Dicha naturalidad es consecuencia del convencimiento de que la MGF carecía de transcendencia penal. De hecho, residió en Senegal (zona rural) hasta 2010, lugar donde tiene cabida la MGF al formar parte de la tradición de manera que ésta no tenía acceso a información, pero teniendo en cuenta que su marido residía en Cataluña desde hacía diez años, éste al solicitar la reagrupación familiar se le presuponía conocedor de las mínimas normas de convivencia, en consecuencia podría haber asesorado a su mujer acerca de la ilegalidad de las MGF.

En cambio, la STS 939/2013 establece que de existir un error, éste debería ser invencible por considerar cierta falta de acreditación en cuanto a la accesibilidad de la acusada a medios de información para tener conocimiento de la ilicitud de la MGF y en consecuencia evitar el resultado teniendo en cuenta el lugar en el que vivía, una zona rural de Senegal. Es de interés el voto particular de dicha sentencia, de un lado, considera innecesario plantearse la existencia de un posible error una vez descartada la autoría, ya que no es posible cuestionar la culpabilidad de alguien si no se la considera autora del hecho imputado. Pero si se tiene en cuenta el error, comparte la misma línea de pensamiento que la A.N entendiendo que la falta de acceso a medios de información no se encuentra acreditada debido a los textos internacionales suscritos por Senegal⁹² relacionados con la evitación de las MGF, de modo que no tienen mayor importancia las circunstancias personales de la acusada en cuanto a la posibilidad de acceder a información al respecto.

⁹² Datos de Senegal:

- Población estimada: 13.712.000 Hab.
- República democrática, laica, independiente desde 1960 (excolonia francesa).
- Religiones: Musulmana (92%), cristiana (2%), animista (1%), otros (5%).
- Índice de desarrollo humano: 153 de 177 países.
- Sectores económicos: agricultura, pesca, fosfatos.
- Escolarización infantil: 69% mortalidad infantil: 61 por 1.000.
<http://www.construyemundo.org/a-quien-apoyamos/datos-de-senegal> (visitado 06.05.2014).

Resulta en mi opinión sorprendente, que un magistrado, teniendo en cuenta la situación personal de la madre al vivir en una zona rural de Senegal un país en vías de desarrollo y en consecuencia con grandes dificultades de acceso a información no haya teniendo en cuenta la diversidad cultural sabiendo que dicha práctica en Senegal no está prohibida a pesar de que a nivel internacional se lucha contra dicho fenómeno. La única argumentación que ostenta son los textos internacionales suscritos por Senegal y teniendo en cuenta las características personales de la madre, era imposible que ésta fuera conocedora de dichos textos de modo que a mi parecer se da una disociación entre la realidad y como el magistrado entiende ésta.

Caso Teruel:

En la SAP de Teruel 26/2011 se confirma que la madre reconoce la realización de la MGF en Gambia, lugar de donde ella procede, por formar parte de su tradición y en consecuencia, es considerado como algo normal muy integrado en su entorno, ella no es consciente de la ilegalidad de dicha actuación. De hecho, llega a España pocos meses antes de que salga a la luz la MGF de su hija, de modo que no pudo tener acceso a información al respecto, pero al residir su marido en España desde hacía diez años se presupone cierta posibilidad de acceso a información y de que éste la asesorara acerca de la ilicitud.

En definitiva, como el bien jurídico en juego en la MGF es la salud, es difícil apreciar una exención completa de la responsabilidad penal, en cambio, no se descarta una eximente incompleta (error vencible art. 14.3 CP) como en estos casos para atenuar la intensidad de la pena al grado de culpabilidad, moderando también la gravedad de la respuesta punitiva a la disminución de la culpabilidad de la acusada condicionada por el peso de la tradición⁹³.

⁹³ TORRES, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado” cit., p. 19.

Capítulo 4. La comisión por omisión en las mutilaciones genitales femeninas (arts. 149.2 y 11 del CP)

Ambos casos objeto de análisis, tratan sobre la MGF, pero aun teniendo resultados diferentes, coinciden en un punto; la posición de garante derivada de la madre. Es de ésta de quien se cuestionan diversas responsabilidades derivadas de la patria potestad, en contraposición no se discute nada acerca de la posición del padre algo sorprendente porque en mi opinión ambos deberían cargar con las mismas responsabilidades.

Pueden diferenciarse delitos de **acción** (infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad) y de **omisión** (infracción de una norma perceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable),⁹⁴ todo ello a consecuencia de lo establecido en el art. 10 del CP⁹⁵. Para dicho proyecto, ataña lo referido a la omisión, respecto la cual se distinguen nuevamente dos tipos de delitos: a) Delitos propios de omisión (no hacer algo determinado) b) Delitos de comisión por omisión (requieren además la no evitación de un resultado), éste último es el que se ha utilizado en la SAN 9/2013 para considerar a la madre autora del delito subsumido en el art. 149.2 del CP en relación con el art. 11⁹⁶.

El comportamiento omisivo no se menciona en el tipo que prohíbe un determinado comportamiento, pero debe considerarse equivalente desde el punto de vista valorativo a través de una cláusula de equivalencia entre acción y omisión reconocido en el mencionado art. 11 del CP. Dicho precepto da respuesta a la problemática de la equiparación basándose por un lado en la equivalencia entre la omisión y la causación

⁹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4º edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p.475.

⁹⁵ **Artículo 10 CP:** Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

⁹⁶ **Artículo 11 CP:** Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

de un resultado y por otro lado en el especial deber jurídico de evitar un resultado basado en la ley, contrato o creación de un riesgo para el bien jurídico protegido⁹⁷.

4.1 Caso Mataró

La AN en su FJ2 encuadra la autoría de la acusada como un tipo de comisión por omisión del art. 149.2 del CP relacionado con el art. 11, de hecho para que la no evitación del resultado (MGF) pueda equivaler a su causación por vía positiva, es preciso añadir ciertos requisitos a los previstos para los delitos propios de omisión: 1) posición de garante del autor respecto del bien protegido, 2) producción de un resultado y 3) posibilidad de evitarlo⁹⁸.

La sentencia recoge dichos requisitos ya que la acusada ocupa una **posición de garante** por corresponderle una función de protección del bien jurídico afectado, en este caso la integridad física y moral de su hija que ha sido objeto de una MGF, existe una relación familiar (madre-hija), de manera que la pequeña depende absolutamente de su madre y ésta debe hacerse responsable de lo que le suceda. El art. 11 del CP establece como indicador de un especial deber jurídico la ley, el contrato y el actuar precedente, pero con el objetivo de flexibilizar la posición de garante, sólo aquellas personas con especial vinculación al bien jurídico protegido, se considerarán garantes aun faltando los elementos antes mencionados⁹⁹. En cuanto al segundo requisito, **producción de un resultado**, éste es necesario ya que la comisión por omisión son tipos de resultado, de modo que el resultado del caso concreto es la realización de un MGF castigada en el art. 149.2 CP imputado al sujeto de la omisión (la madre). Por último en relación a la posibilidad de **evitar dicho resultado nocivo**, es necesario que la autora hubiera realizado la correcta actuación, en este caso no dejar a su hija conociendo los altos riesgos de que fuera mutilada por dejarla en manos de su madre en un poblado donde dicha práctica se practica a diario, de manera que es necesaria una causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el sujeto de evitar cierto resultado. En resumen

⁹⁷ MUÑOZ/ GARCÍA *Derecho Penal. Parte General* cit., p. 242 y 243.

⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 9º edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 2011, p.319 y 324.

⁹⁹ MUÑOZ/ GARCÍA *Derecho Penal. Parte General* cit., p. 246.

la AN considera claramente la existencia de una comisión por omisión al existir un sujeto que hubiera podido evitar el resultado ya que ostentaba la posición de garante¹⁰⁰.

En contraposición, la STS 939/2013, establece todo lo contrario por considerar que el hecho de dejar a su hija al cuidado de la abuela no es una conducta irresponsable por entender que ésta debe ser igual o más responsable, y no se entiende que ésta pueda perjudicar de forma alguna a su nieta, en consecuencia no puede ser imputada por un deber jurídico al no tener conciencia del posible riesgo padecido por su hija.

El TS en su FJ1, entiende que no tiene cabida la omisión negligente del art. 11 CP por considerar que la posición de garante de la madre pasa a ser de la abuela al trasladar de manera temporal y transitoria la custodia de su hija por razones justificadas de necesidad (trabajo). Si no se entendiera de ese modo, se estaría incurriendo en una vulneración del art. 14 de la CE ya que las obligaciones derivadas de la patria potestad corresponderían tanto a la madre como al padre y a éste no se le condenó en la AN. Finalmente el TS falla absolviendo a la madre y en consecuencia ésta dejar de ser autora de delito alguno.

Es de interés el voto particular de dicha sentencia en relación a la autoría por considerar el magistrado que no solo la madre merece la condición de autora debido al testimonio del enfermero, sino también, por el hecho de ocupar una posición de garante respecto a su hija al ejercer la patria potestad y corresponderle su custodia. Independientemente de que mientras se encontrará trabajando, cuidara de su hija su madre, por no existir datos que muestren claramente períodos de interrupción de la custodia de la menor.

4.2 Caso Teruel

Lo referido a la autoría en dicho caso no es tan claro ni se profundiza tanto como en el anterior aunque la AP de Teruel no alberga duda de que los acusados son autores de la MGF realizada a su hija ya sea o porque la realizaron ellos directamente o a través de una tercera persona con su consentimiento. En el FJ3 se establece la condición de

¹⁰⁰ Existe cierta jurisprudencia al respecto: STS 19/2013 (Sala 2) de 9 de enero y SAP de Madrid 101/2009 de 20 de julio

autores de los acusados como responsables de un delito de lesiones en la modalidad de MGF.

Dicha sentencia, igual que en el caso de Mataró es recurrida en casación de manera que la STS 835/2012 se pronuncia al respecto considerando no haber lugar al recurso y en consecuencia confirma la autoría de los acusados que se estableció previamente en la SAP de Teruel 26/2011.

Conclusiones

Una vez explicados los puntos extraídos de las sentencias relacionados con la MGF, son de importancia las conclusiones siguientes:

1. Resulta sorprendente que tan solo sean dos los casos que en España hayan superado la barrera del mundo privado y hayan obtenido un resultado con sede judicial teniendo en cuenta que la MGF afecta aproximadamente a 140 millones de mujeres de las cuales unas 55.000 residen en España. Lo único contrastable con las estadísticas es que Cataluña es una de las CCAA con más inmigrantes sobretodo de Senegal y Gambia¹⁰¹ y las autoras de los casos analizados pertenecen a dichos países. Esta disfunción entre la realidad y lo público hace reflexionar y en consecuencia dudar de la efectividad de los mecanismos de los que dispone España para combatir dichas prácticas.
2. Tal como se ha explicado, España siguiendo las recomendaciones internacionales para tratar de combatir la MGF, ha realizado diversas reformas legislativas. Por un lado tras la reforma del año 2003, nuestro ordenamiento jurídico incluye en el Código Penal la mutilación genital en la que se subsume la femenina dentro de las lesiones graves, creando de este modo un tipo penal autónomo. Inclusión que facilita notablemente el castigo de dichas prácticas pero a la vez incluye una pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, en el caso de que los autores del delito sean los titulares de la menor o incapaz que ha sufrido la mutilación. En mi opinión dicha incorporación carece de sentido ya que una vez causado el daño, dicha inhabilitación no otorga protección alguna a la víctima, es más, la deja desamparada ya que ésta quedará en manos de los servicios sociales teniendo en cuenta que no estamos ante casos de familias desestructuradas ni existe un ciclo de violencia. En conclusión, ¿Hasta qué punto resulta efectiva y beneficiosa para las niñas víctimas dicha inhabilitación que comporta la separación de sus padres?
3. A pesar de esta reforma, la persecución en España de dicho delito resultaba difícil ya que en muchos casos la mutilación era practicada en los países de origen, en consecuencia para lograr una mayor eficacia en la lucha, se optó en el año 2005 por reformar el principio de justicia universal incluyendo en el art. 23.4 de la L.O.P.J el

¹⁰¹ Lugares en los que se practica la MGF.

delito de MGF, así España podría juzgar las mutilaciones realizadas en el extranjero siempre que los culpables se encontraran en España. Con dichas modificaciones parecía que España había avanzado notablemente en su objetivo, pero en marzo, se modificó de nuevo la L.O.P.J y la MGF dejó de formar parte de los delitos incluidos en dicho principio. A mi parecer se ha retrocedido enormemente dejando sin protección a miles de niñas en grave riesgo de que sean mutiladas en posibles viajes de vacaciones a sus países de origen, lo que se conoce como “turismo ablativo”.

4. A pesar de las diferentes modificaciones llevadas a cabo con el objetivo de erradicar la MGF, acudir únicamente a la vía del castigo, el derecho penal, no es la mejor opción para tratar un tema tan arraigado a la cultura como es el de la MGF. Se necesita un abordaje integral tratando de llevar a cabo acciones de socialización, reflexión y sensibilización, para tratar de conseguir un cambio real de conciencia siempre y cuando éste se realice desde el respeto. Nos encontramos ante un derecho penal simbólico, bien es cierto que la vía del castigo es insuficiente ya que los inmigrantes saben que la MGF es ilícita, y aún así siguen practicándose, pero no debe menospreciarse la función simbólica.

5. En resumen centrándonos en los casos analizados, los tribunales toman ciertas decisiones que a mí parecen son cuestionables:

5.1 En el caso Mataró en concreto, se impone a la acusada una responsabilidad civil para su hija pequeña (la víctima) de 10.000 euros, pero ¿realmente dicha cantidad favorecerá a la niña víctima, una vez el daño se haya producido? La MGF debe de combatirse antes de realizarse, no una vez practicada, ya que ninguna indemnización podrá reparar dicho daño irreversible. Desde mi punto de vista carece de sentido generar una deuda a los cabezas de familia teniendo en cuenta que en la mayoría de casos, dicha cantidad será imposible de saldar debido a los reducidos ingresos económicos. Esta reflexión me hace llegar a una posible iniciativa de *lege ferenda* tratando de buscar una alternativa a la pena, muy conectada a las políticas sanitarias tratando de articular un sistema de reconstrucción. El concepto de reparación de la responsabilidad civil es la de tratar de restaurar el daño producido a la situación de origen, por tanto, ¿Por qué no destinar dicha cantidad en concepto de responsabilidad civil a una futura reconstrucción de genitales una vez la menor haya alcanzado la edad idónea para ello? Esta iniciativa es una manera de reparar el daño y a la vez asegurar la comprensión de la norma.

5.2 También resulta relevante que en el caso Teruel, a los padres se les castiga con pena de cárcel pero, ¿dicha medida es beneficiosa para la hija víctima? A ésta, al ser menor se la privará de sus padres durante un tiempo y en consecuencia entrará en el sistema asistencial público de protección de menores, algo que puede marcar gravemente toda su vida.

En mi opinión, tratar de castigar la MGF con cárcel o dinero resulta ineficaz, lo que realmente daría resultado es trabajar con gran empeño con los inmigrantes y darles a entender que la tradición debe tener ciertos límites y que dichas prácticas son una auténtica vulneración de los derechos humanos y en consecuencia es intolerable su admisión.

5.3 Por último, en relación a las decisiones abordadas en las sentencias, es de especial importancia la posición de garante, uno de los requisitos que configuran la comisión por omisión (art. 149.2 CP en relación con el art. 11). Únicamente se ha considerado como garante a la madre en el caso Mataró, algo que a mi parecer resulta contradictorio, ya que ¿no tendría más sentido que el padre, debido a un mayor conocimiento de las leyes, usos y costumbres del país receptor y en consecuencia de la ilicitud de la MGF, fuera también responsable? En ningún momento se ha planteado la imputación de éste, únicamente la de la madre. Si se considera la existencia de un error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), donde precisamente la vencibilidad de éste se encuentra en la posibilidad de que su marido la asesorará sobre la prohibición de la MGF en España, resulta paradójico que el sujeto que puede advertirte de la ilegalidad no resulte imputado.

6. Aún queda mucho trabajo por delante para alcanzar el objetivo final de erradicación de estas prácticas y aunque el derecho nos ayude a tal fin, el punto de partida deben ser unas buenas políticas públicas de trabajo con estas comunidades de inmigrantes.

5. Bibliografía

- ABAD, Iziar, “¡Nunca, nunca se lo haré a mis hijas!”, Pikara online magazine, Madrid 9 de septiembre de 2010 en: <http://www.pikaramagazine.com/2010/12/%E2%80%9C%A1nunca-nunca-se-lo-hare-a-mis-hijas%E2%80%9D-del-grito-de-una-nina-africana-animo-a-la-antropologa-adriana-kaplan-a-luchar-contra-la-mutilacion-genital-femenina/> (visitado 10.12.2013).
- AGIRREGOMEZKORTA IBARLUZEA, Rosa Belén y FUERTES CABRERA, Irene, “La ablación o mutilación genital femenina. Guía práctica” Área de Participación Ciudadana, Inmigración y Cooperación al Desarrollo del Ayuntamiento de Málaga. Ed: Paz y desarrollo en: http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_mgf_web.pdf (visitado 16.03.2014).
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, “*La reforma del principio de justicia universal*”. Revista de Derecho Penal nº31: doctrina, jurisprudencia y legislación. Ed: Lex Nova 2010.
- BEDOYA MURIEL, Helena y KAPLAN, Adriana. (2004) “*Las mutilaciones genitales femeninas en España: una visión antropológica, demográfica y jurídica*” en de LUCAS, J. y GARCIA AÑÓN, J. (Ed.) *Evaluating the impact of existing legislation in Europe with regard to FGM*. Spanish Report, Universitat de Valencia. En http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Aprox.interdiscipl.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013).
- HAVA GARCÍA, Esther, “Error de prohibición”, Derecho en red, 24 de Diciembre de 2012 en <http://www.infoderechopenal.es/2012/12/error-de-prohibicion.html> (visitado 29.03.2014)
- HERRERA MORENO, Myriam, “*Multiculturalismo y tutela penal: A propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina*”, Revista de Derecho Penal nº5: doctrina, jurisprudencia y legislación. Ed: Lex Nova, 2001.
- KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, *De Senegambia a Cataluña: procesos de aculturación e integración social*. Barcelona: Ed. Fundación La Caixa, 1998.
- KAPLAN MARCUSÁN. Adriana y LÓPEZ GAY, Antonio, *Mapa de la mutilación genital femenina en España 2012*. España: Ed. Fundación Wassu-UAB, 2013.
- KAPLAN MARCUSÁN, Adriana., et al, “Las mutilaciones genitales femeninas: reflexiones para una intervención desde la atención primaria”. En: Atención Primaria, Vol.38 N°2. 2006

http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/MGF_Atencion_Primaria.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013).

- KAPLAN MARCUSÁN, Adriana y BEDOYA MURIEL, Mº Helena, “Mutilaciones genitales femeninas: La respuesta del derecho”. Octubre 2002, Fundación Wassu- UAB en

http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/5cesp.pdf?iframe=true&width=100%&height=100%25 (visitado 08.03.2014).

- KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, “Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales”. En ISSN 1138-5774, Nº19 2006 http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/9c.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% (visitado 22.11.2013).

- KAPLAN MARCUSÁN, Adriana y MARTÍNEZ BUENO, Cristina. (Coords): ”Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales”. Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona, 2004 en: http://www.aen.es/docs/guias_vg/guia_mutilacion_genital.pdf (visitado 22.11.2013).

- LAMARCA PÉREZ, Carme, *Derecho Penal parte especial*. 4º edición. Madrid: Ed. Colex, 2008.

- LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, “*La reforma de la jurisdicción universal operada por la L.O 1/2009*”. Revista Aranzadi Doctrinal num.3/2010 parte Estudio. Ed: Aranzadi S.A Pamplona 2010.

- MALDONADO SMITH, Mario Eduardo, “Noción de derechos humanos. Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión Comisión Bicameral del sistema de bibliotecas. Secretaría General. Secretaría de servicios Parlamentarios. Enero- agosto de 2013 en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/CRV-VI-12-13.pdf> (visitado 13.01.2014).

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 9º edición. Barcelona: Ed. Reppertor, 2011.

- NIETO MARTÍN, Adán, *El conocimiento del Derecho: un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*. Barcelona: Ed. Atelier Penal, 1999.

- PEREGRINO, “En la lucha contra la ablación femenina se están violando otros derechos humanos”, Blog alternativo 5 de noviembre de 2009 en

<http://www.elblogalternativo.com/2009/11/05/adriana-kaplan-antropologa-en-la-lucha-contra-la-ablacion-se-estan-violando-otros-derechos-humanos/> (visitado 20.12.2013).

- PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea”, Noticias jurídicas Diciembre 2011 en:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/20111223513842442538.html> (visitado 30.10.2013).

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “et al”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9º edición. Navarra: Ed. Thomson Reuters, 2011.

- REUS MARTÍNEZ, Natalia, “La Ley Penal y Territorialidad”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 1 de mayo de 2003 en
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168497099&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491172&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469736&siteName=RevistaJuridica (visitado 13.04.2014).

- SAU GIRALT, Imma “Això també és violència de gènere” V Jornada sobre violència de gènere, Centre Cultural Bellvitge, l’hospitalet, 19 de Novembre de 2009 en:
<http://www.l-h.cat/gdocs/d3576486.pdf> (visitado 23.11.2013).

- SERRANO TÁRRAGA, Mº Dolores, “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012 en <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2012-11-4060&dsID=Documento.pdf>. (visitado 15.12.2013).

- TORRES FERNÁNDEZ, Mº Helena, “El nuevo delito de mutilación genital”, Enero 2005 en Vlex: <http://vlex.com/vid/322183> (visitado 25.11.2013).

- TORRES FERNÁNDEZ, Mº Helena, “La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, Nº. 17, 2008, Valencia, 30 y 31 de octubre de 2008 en
<http://www.uv.es/cefd/17/torres.pdf>. (visitado 26.11.2013).

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. 4º edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B, *Derecho Penal Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos resueltos TOMO 1. Delitos contra las personas*. 3º edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011.

Artículos de prensa:

- AYLLÓN, Daniel, “El Gobierno perseguirá la ablación genital”, Público.es Madrid 23 de mayo de 2010 en: <http://www.publico.es/espana/314772/el-gobierno-perseguira-la-ablacion-genital> (visitado 23.11.2013).
- CARRILLO, Ainara, “La reciente aplicación extraterritorial de la Ley penal por ablación femenina practicada fuera de España” Lawyerpress Madrid 3 de Julio de 2013 en http://www.lawyerspress.com/news/2013_07/0307_13_006.html (visitado 15.12.2013).
- EUROPA PRESS: “La reforma de la justicia universal suprime la persecución de la ablación”, Epsocial 5 de Febrero de 2014 en <http://www.europapress.es/epsocial/menores-00645/noticia-tribunales-espanoles-no-podran-perseguir-mutilacion-genital-femenina-reforma-justicia-universal-20140205143443.html> (visitado 22.03.2014).
- GALLARDO, Angels, “Entrevista a Imma Sau”, El Periódico, 7 de abril de 2010 en: <http://pediatresdeponent.blogspot.com/2010/04/entrevista-imma-sau.html> (visitado 23.11.2013).
- JUAN FRAN, “La reforma de la Justicia Universal excluye la mutilación genital femenina”, en Ocultados, periodismo sobre asociaciones, colectivos, minorías y personas discriminadas por la prensa convencional, haciendo visible lo oculto, 1º de Marzo de 2014 en: <http://ocultados.com/2014/03/10/la-reforma-de-la-justicia-universal-excluye-la-mutilacion-genital-femenina/> (visitado 11.03.2014).
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Mariano “El error de prohibición en el Derecho Penal” en Revista Ámbito Jurídico en http://www.ambitounjuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8945 (visitado 31.03.2014).

Otros materiales:

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI. 1950 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. (visitado 19.01.2014).

- Fundación Wassu UAB. Grupo Interdisciplinar para la Prevención y el Estudio de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales en <http://www.mgf.uab.cat/esp/fundationwassu.html>. (visitado 09.12.2013).
- “*Protocol d’actuacions per prevenir la mutilació genital femenina*”, Departament d’Acció Social i Ciutadania, Secretaria per a la Immigració, Barcelona 2007 en: <http://www20.gencat.cat/portal/site/bsf/menuitem.cb7c44c1c72cf6b43f6c8910b0c0e1a0/?vgnextoid=296fbc153f275210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextchannel=296fbc153f275210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnextfmt=default>. (visitado 29.11.2013).
- “*Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya*”, Departament de Salut. Direcció General de Planificació i Avaluació, Barcelona gener 2011 en: http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Home%20Canal%20Salut/Professionals/Temes_de_salut/Violencia_i_maltractaments/documents/arxius/Operatiu_mutilacio.pdf. (visitado 29.11.2013).

6. Anexos

6.1 Anexo 1 “Gráficos y estadísticas MGF-Cataluña”

Gráfico de la población total procedente de países donde se practica la MGF, según nacionalidad y sexo en Cataluña:

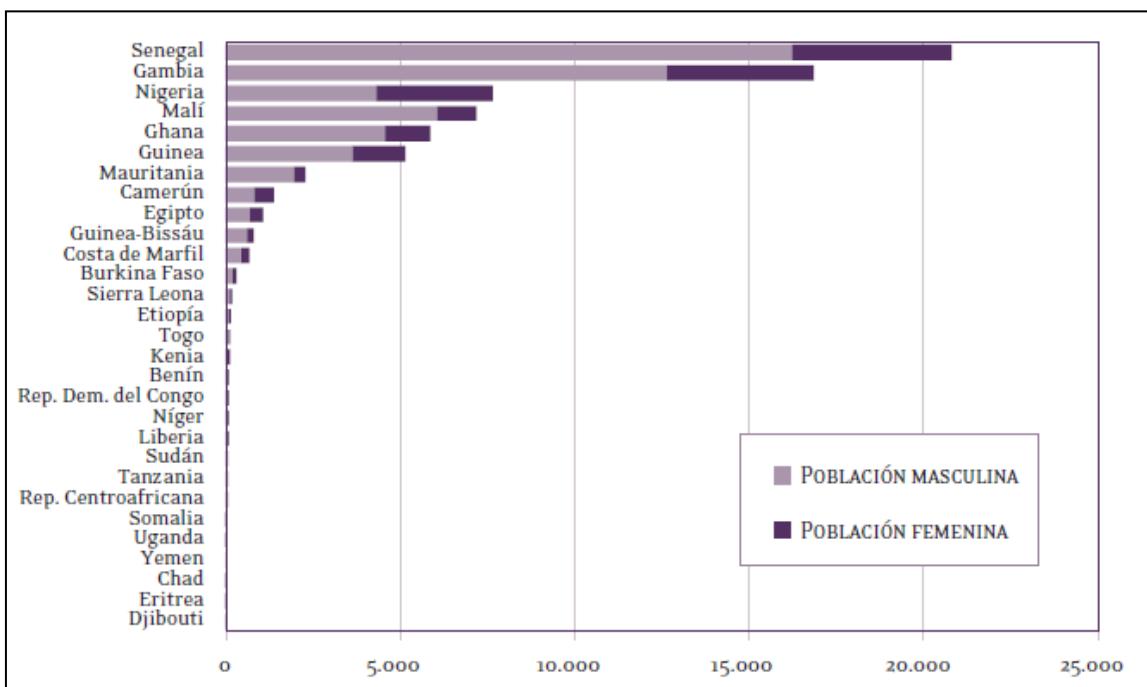


Gráfico de la estructura de la población procedente de países donde se practica la MGF en Cataluña:

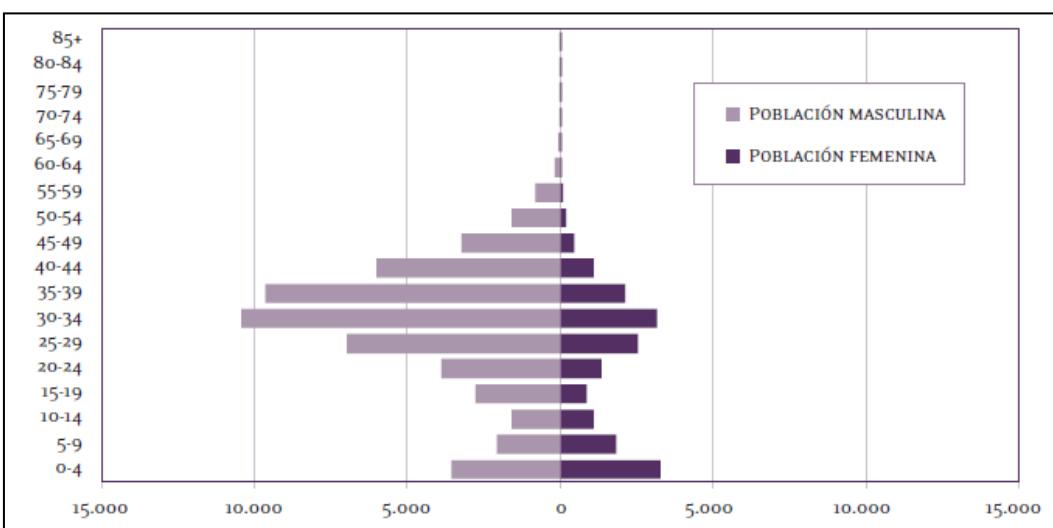


Gráfico de la distribución territorial de la población femenina según provincia de residencia en Cataluña.

| Nacionalidad | Barcelona | Girona | Lleida | Tarragona | Total | Diferencia 2012-2008 |
|---------------------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|---------------|----------------------|
| Senegal | 2.435 | 796 | 689 | 644 | 4.564 | 1.701 |
| Gambia | 1.491 | 2.379 | 289 | 32 | 4.191 | 290 |
| Nigeria | 2.123 | 300 | 462 | 451 | 3.336 | 984 |
| Guinea | 1.006 | 177 | 305 | 53 | 1.541 | 409 |
| Ghana | 1.059 | 86 | 69 | 91 | 1.305 | 652 |
| Malí | 533 | 290 | 233 | 42 | 1.098 | 502 |
| Camerún | 335 | 73 | 114 | 33 | 555 | 153 |
| Egipto | 196 | 10 | 149 | 16 | 371 | 133 |
| Mauritania | 159 | 92 | 42 | 5 | 298 | 82 |
| Costa de Marfil | 119 | 12 | 60 | 6 | 197 | 73 |
| Guinea-Bissáu | 106 | 16 | 44 | 3 | 169 | 38 |
| Burkina Faso | 51 | 10 | 24 | 2 | 87 | 31 |
| Kenia | 66 | 3 | 3 | 14 | 86 | 19 |
| Etiopía | 56 | 2 | 2 | 7 | 67 | 21 |
| Sierra Leona | 24 | 6 | 8 | 3 | 41 | -12 |
| Togo | 29 | 2 | 7 | 2 | 40 | 19 |
| República Democrática del Congo | 24 | 3 | 3 | 3 | 33 | 10 |
| Benín | 29 | 0 | 1 | 1 | 31 | 5 |
| Sudán | 14 | 0 | 1 | 12 | 27 | 7 |
| Níger | 9 | 1 | 5 | 4 | 19 | 7 |
| Tanzania | 12 | 0 | 0 | 5 | 17 | 0 |
| Liberia | 10 | 3 | 4 | 0 | 17 | 0 |
| República Centroafricana | 5 | 1 | 2 | 0 | 8 | -3 |
| Uganda | 6 | 1 | 0 | 0 | 7 | 6 |
| Somalia | 7 | 0 | 0 | 0 | 7 | 4 |
| Chad | 4 | 0 | 0 | 0 | 4 | 3 |
| Eritrea | 4 | 0 | 0 | 0 | 4 | -2 |
| Djibouti | 3 | 0 | 0 | 0 | 3 | 2 |
| Resto de nacionalidades | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | -1 |
| Total general | 9.913 | 4.263 | 2.517 | 1.429 | 18.122 | 5.133 |
| Diferencia 2012-2008 | 3.080 | 732 | 829 | 492 | 5.133 | |

Fuente: KAPLAN MARCUSÁN. Adriana y LÓPEZ GAY, Antonio, *Mapa de la mutilación genital femenina en España 2012*. Ed. Fundación Wassu-UAB, España 2013 p. 78-81.

6.2 Anexo 2 “Tipos de MGF”

Según la OMS se distinguen cuatro tipos de MGF en base a la severidad de la intervención practicada:

Tipo I o Clitoridectomía: Consiste en la eliminación del prepucio del clítoris, con o sin escisión parcial o total de éste, operación que, en la mayor parte de los casos es llevada a cabo con ayuda de instrumentos rudimentarios – un casco roto de botella, el borde afilado de una lata o una cuchilla- o por arrancamiento mediante un imperdible. En el mundo islámico es lo que se conoce como *sunna* y es equivalente a lo que con frecuencia se llama circuncisión femenina, que en África equiparan a la circuncisión masculina.

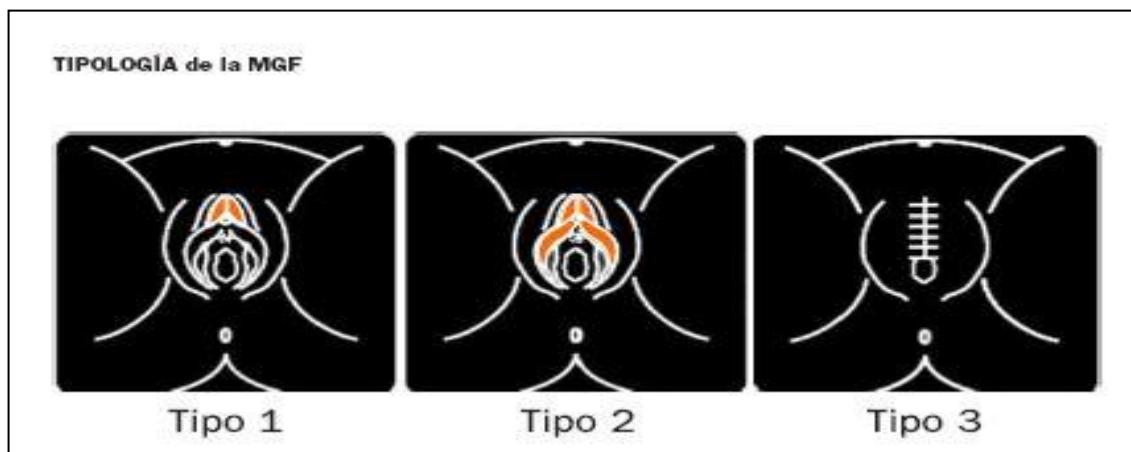
Tipo II o Excisión: Ablación del clítoris y, total o parcialmente, de los labios menores, dejando los labios mayores intactos.

Tipo III o Infibulación: Es la forma más severa de mutilación en la que el clítoris, los labios menores y los labios mayores son extirados, suturándose ambos lados de la vulva y dejando un pequeño orificio que permite la salida de la orina y la sangre menstrual. El cosido puede realizarse con diversos materiales: fibras vegetales, alambre, hilo de pescar...

Tipo IV: Incluye diversas prácticas, de severidad variable, sobre el área genital y sin finalidad terapéutica (*piercing*, *dry sex*, *stretching*, cauterización del clítoris, etc.). Algunas de dichas prácticas se realizan en países occidentales y por voluntad propia de las mujeres con fines de embellecimiento corporal o siguiendo modas procedentes de otras culturas.

Existe una gran diferencia entre el tipo IV y el resto de MGF, ya que tanto en el tipo I, II y III, las niñas son sometidas a dicha intervención sin posibilidad alguna de decisión sobre sus cuerpos y su integridad.

Los tipos I y II suelen realizarse mayoritariamente en África subsahariana occidental a diferencia del tipo III que es más habitual en el África oriental sobretodo en Sudan, Somalia, Eritrea y algunas zonas de Etiopía.



Fuente: KAPLAN MARCUSÁN, Adriana, “Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales”. En ISSN 1138-5774, Nº19 2006 pág. 192 y 193. http://www.mgf.uab.cat/esp/scientific_publications/9c.pdf?iframe=true&width=100%&height=100% y KAPLAN MARCUSÁN, Adriana. y MARTÍNEZ BUENO, Cristina. (Coords):”Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales”. Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona, 2004 pág. 10 en: http://www.aen.es/docs/guias_vg/guia_mutilacion_genital.pdf.

6.3 Anexo 3: “Compromiso informado de evitación de la MGF”

| | | |
|--|----------------------------------|---------------------------------------|
| Dades de la nena | | |
| Cognoms i nom: | DNI / passaport: | |
| Edat: | Data de naixement (dd/mm/aa): | |
| Lloc de naixement: | Nacionalitat: | |
| Adreça: | | |
| Codi postal: | Població: | Telèfon: |
| | | |
| Dades de la persona responsable de la nena | | |
| Cognoms i nom: | DNI: | |
| Vinculació: <input type="checkbox"/> pare <input type="checkbox"/> mare <input type="checkbox"/> tutor legal | | |
| Data de naixement (dd/mm/aa): | | Lloc de naixement: Nacionalitat: |
| Adreça: | | |
| Codi postal: | Població: | Telèfon: |
| | | |
| Dades del metge / de la metgessa que atén la nena | | |
| Cognoms i nom: | DNI: | |
| Núm. Col.legiat: | | Centre: |
| | | |
| Marc legal de la mutilació genital femenina a l'Estat espanyol | | |
| La mutilació genital femenina es considera un intentat contra els drets humans i està associada a riscos sociosanitaris i psicològics. | | |
| A l'Estat espanyol, aquesta intervenció es considera un delict de lesions en l'article 149.2 del Codi penal, encara que l'operació s'hagi dut a terme fora del país (per exemple a Gàmbia, Senegal, Mali, etc.), segons la modificació de la Llei orgànica del poder judicial 3/2005. | | |
| La pena de presó és de 6 a 12 anys per als pares o responsables, la retirada de la pàtria potestat i la possibilitat de l'ingrés de la nena en un centre de protecció de menors. | | |
| | | |
| Associacions contra la mutilació genital femenina en els països en què es practica | | |
| País Gàmbia | Nom de l'associació Khady Bah | Telèfon 00-220-994.63.53 (directe) |
| | | |
| Declaracions | | |
| Certificació del metge / de la metgessa sobre les dades mèdiques de la nena | | |
| Certifico que la nena referida a la pàgina anterior és una nena sana, que ha seguit els controls establerts en el <i>Protocol del nen sa</i> i que se li han administrat les vacunes corresponents per a la seva edat. | | |
| He comprovat que els seus genitals estan íntegres i no presenten cap lesió. | | |
| | | |
| Declaració del metge / de la metgessa quant a la informació a la persona responsable de la nena | | |
| Declaro haver informat la persona responsable de la nena referida a la pàgina anterior, dels aspectes següents relatius a la mutilació genital femenina i a la cura de la seva salut: | | |
| <ul style="list-style-type: none">• Marc legal de la mutilació genital femenina a l'Estat espanyol (segons l'apartat referit en la pàgina anterior).• Associacions contra la mutilació genital femenina en els països en què es practica (segons l'apartat referit en la pàgina anterior).• Compromís de demanar hora per a una revisió general de salut, immediatament després de la tornada de les vacances que es facin en el país d'origen de la família.• Compromís de facilitar a la nena la medicació que se li ha subministrat per prevenir la malària durant les vacances en el país d'origen de la família i quantitats importants d'aigua, bullida prèviament o embotellada. | | |

Compromís informat de la persona responsable de la nena

Declaro haver estat informat/da pel metge o la metgessa que atén la meva filla / la nena de qui sóc responsable dels diversos aspectes relatius a la mutilació genital femenina i a la cura de la seva salut, especificats a l'apartat anterior.

Considero que he entès el propòsit, l'abast i les conseqüències legals d'aquestes explicacions.

Em comprometo a tenir la cura de la salut de la meva filla / de la nena de qui sóc responsable i a evitar la seva mutilació genital.

I perquè consti, lleixo i signo l'original d'aquest compromís informat, per duplicat, del qual em quedo una còpia.

Signatures

Signatura dels pares / de la persona responsable de la nena

Signatura del metge / de la metgessa que l'atén

Lloc i data

Fuente: “Protocol per a l’abordatge de la violència masclista en l’àmbit de la salut a Catalunya”, Departament de Salut. Direcció General de Planificació i Avaluació, Barcelona gener 2011 p. 29 y 30 en: http://www20.gencat.cat/docs/canalsalut/Home%20Canal%20Salut/Professionals/Temes_de_salut/Violencia_i_maltractaments/documents/arxius/Operatiu_mutilacio.pdf