
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Núñez Escolano, Elsa; Ramírez Nárdiz, Alfredo, dir. La libertad religiosa individual vs integridad física de las menores : mutilación genital femenina. 2024. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/303583>

under the terms of the  license



TRABAJO FIN DE GRADO:

**LA LIBERTAD RELIGIOSA INDIVIDUAL VS
INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS MENORES: MUTILACIÓN
GENITAL FEMENINA**

ELSA NÚÑEZ ESCOLANO

GRADO EN DERECHO Y ADE
CURSO 2023-2024

Tutor: Alfredo Ramírez Nárdiz

Bellaterra (Cerdanyola del Vallès), 11 de mayo de 2023

RESUMEN

En ocasiones el derecho a la libertad religiosa individual entra en conflicto con otros derechos, como es el caso de la integridad física. Actualmente, la confrontación entre estos derechos no ha logrado alcanzar aún un consenso en la doctrina jurídica. Con este trabajo se investiga el conflicto existente entre estos derechos fundamentales, haciendo hincapié en el caso de la mutilación genital femenina (MGF), permitiendo avanzar hacia una comprensión más profunda para resolver esta colisión de derechos. Tras realizar la revisión de la doctrina de interés y el análisis de jurisprudencia, se concluye que este conflicto es un tema complejo, y de lo que se trata es de promover políticas y prácticas que permitan salvaguardar los derechos fundamentales de todos los sujetos, y en especial, de aquellos que ostentan una posición de mayor vulnerabilidad, como es el caso de las menores.

Palabras Clave:

Mutilación genital femenina, libertad religiosa, integridad física, menores

ABSTRACT

Sometimes the right to individual religious freedom conflicts with other rights, such as the right to physical integrity. Currently, the confrontation between these rights has not yet reached a consensus in legal doctrine.

This paper investigates the existing conflict between these fundamental rights, with special emphasis on the case of female genital mutilation (FGM), allowing to advance towards a deeper understanding to resolve this collision of rights.

After carrying out the review of the doctrine of interest and the analysis of jurisprudence, it is concluded that this conflict is a complex issue, and what it is about is to promote policies and practices that allow safeguarding the fundamental rights of all subjects, and especially, of those who hold a position of greater vulnerability, as is the case of minors.

Key words:

Female genital mutilation (FGM), religious freedom, physical integrity, minors.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. MARCO CONCEPTUAL	7
2.1. Mutilación genital femenina	7
2.1.1. Mutilación genital femenina: alcance y significado	7
2.1.2. Origen y motivos que amparan la práctica de la mutilación genital femenina 9	
2.1.3. Situación en el mundo y en España	10
2.1.4. Derechos fundamentales implicados en la práctica de la mutilación genital femenina: tipificación en España.....	12
2.2. El derecho a la libertad religiosa individual	15
2.2.1. Encaje constitucional.....	15
2.2.2. Desarrollo normativo Ley Orgánica Libertad Religiosa	17
2.2.3. Límites al ejercicio del derecho.....	18
2.3. Derecho a la integridad física	22
2.3.1. Definición y encaje constitucional	22
2.3.2. Límites al derecho a la integridad física	25
2.3.3. Colisión derecho a la libertad religiosa vs integridad física.....	27
2.4. Jurisprudencia española sobre la colisión de estos derechos	30
2.4.1. Doctrina constitucional sobre la libertad y prácticas religiosas	30
2.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	32
3. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la libertad religiosa incide en diversos aspectos de la vida de los seres humanos. Tanto es así, que da lugar al enfrentamiento con otros derechos fundamentales como es el caso del derecho relativo a la integridad física. Esta colisión de derechos no encuentra consenso en la aceptación por parte de la doctrina jurídica, y ello, porque dentro del ordenamiento jurídico no debería haber colisión ni tampoco existir derechos que resulten incompatibles, pero bien es cierto que, parece que la doctrina finalmente acepta dicha colisión, pero lucha por llegar a encontrar el baremo adecuado para resolverla. Todo ello, porque de lo que se trata es de llegar a garantizar la libertad de todos los ciudadanos, una garantía que indisociable, de la igualdad y no discriminación, se contempla como un principio informador de la actuación por parte de los poderes públicos. Pero, ahora bien, al igual que se constata que no existen derechos ilimitados, la cuestión de mayor interés reside en el hecho de llegar a poder determinar en qué momento del ejercicio de un derecho, este comienza a resultar abusivo dejando de ser merecedor de protección jurídica, llegando incluso en los casos más extremos a ser objeto de ciertas restricciones.

Considerando el interés que presenta la temática y con el fin de lograr un acercamiento a la misma, el objetivo general que se persigue con este trabajo no es otro que investigar sobre el conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad religiosa y la integridad física, específicamente para el caso de la MGF. Por otro lado, como objetivos específicos, se persigue: analizar los conceptos en torno a la colisión existente en el derecho constitucional; indagar sobre los criterios de proporcionalidad previstos para resolver la colisión, tales como: racionalidad, proporcionalidad y ponderación; mostrar cuáles son los límites de los derechos fundamentales; y, repasar la jurisprudencia constitucional española sobre la colisión de estos derechos. Para ello, la metodología empleada, no es otra que una revisión de la más relevante. Es decir, se recurre a manuales, revistas científicas, libros, compilaciones, así como se acude a la normativa y jurisprudencia relacionada con el tema objeto de estudio, dado que es vital la atención a las mismas.

Todo ello, buscando llegar a perfilar la noción de contenido esencial y lograr un acercamiento mayor a la descripción del contenido esencial del derecho a la libertad religiosa cuando entra en colisión con otros derechos fundamentales, porque es necesario precisar cuál es el contenido esencial de los derechos fundamentales, una tarea en la cual desde hace años debate la doctrina

y en las que son sumamente relevantes las aportaciones que hace el Tribunal Constitucional a la hora de llevar a cabo la configuración de la noción de contenido esencial.

Con el fin de lograr los objetivos señalados, el trabajo queda estructurado en diversos apartados, tales como los que se mencionan a continuación:

En primer lugar, se comienza hablando de la mutilación genital femenina, trayendo a colación su origen, así como las consecuencias y situación actual en el mundo y en España. Tras la definición, se procede a explicar los derechos fundamentales implicados o colisionados en el uso de esta práctica, tales como la libertad religiosa individual y la integridad física de las menores, incluyendo tanto sus límites como características, entre otras circunstancias de interés. Por último, se ponderarán estos derechos y se llevará a cabo un análisis con el fin de mostrar como poder dar solución a la problemática de colisión entre ambos, como supone la mutilación genital femenina. Para ello, se traerán a colación determinadas sentencias del ámbito español, así como doctrina, el Derecho comparado y las soluciones y fundamentos aplicados en otros Estados. Para finalizar, se incluye un apartado de reflexión, donde se exponen las reflexiones personales extraídas tras la elaboración de este trabajo, y se cierra el mismo con las conclusiones a las que se llega tras su elaboración, incluyendo finalmente un apartado con las referencias bibliográficas empleadas para el correcto desempeño de este trabajo.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Mutilación genital femenina

2.1.1. Mutilación genital femenina: alcance y significado

La mutilación o ablación genital femenina, se muestra siguiendo a Pekarsky (2022, p.55), como una práctica tradicional que hunde sus raíces en fuertes creencias ancestrales y socioculturales, que engloba un procedimiento intencional que, alejado de motivos médicos, altera y lesiona los órganos genitales femeninos, siendo practicado a niñas entre los 0 a 14 años, siendo el promedio de edad de 7 años, y ocasionalmente practicándose a mujeres adultas (Pekarsky, 2022, p.55). Por lo general, las niñas se someten a dicho procedimiento en edad temprana, desde pocos días después de nacer y hasta antes de la pubertad, variando en base al grupo étnico al que pertenezcan, pero por lo general, tiene lugar antes de la primera menstruación (Kaplan et al, 2013, p.323). Con base a lo señalado por la OMS (2020), la ablación o mutilación genital femenina (MGF), además de reconocerse como una forma de violación de un derecho humano tanto de niñas como de mujeres, viene a reflejar la desigualdad entre sexos, dado que viola desde derechos a la salud, así como a seguridad e integridad física, e incluso el derecho a la vida en los casos de mayor gravedad, dado que la MGF se clasifica en cuatro tipologías principales como las que se enumeran a continuación en base a lo dispuesto por la OMS (2020, p.4)):

Tipo I o Clitoridectomía: se refiere a la resección total o parcial del glande del clítoris o prepucio del clítoris, es decir, las partes sensible de los genitales; Tipo II o Escisión: Resección parcial o total del glande del clítoris y los labios menores, con o sin escisión de los labios mayores y Tipo III o Infibulación: Estrechamiento de la abertura vaginal, supone realizar un corte y recolocación de los labios menores o mayores, en ocasiones cosiendo, con o sin resección del prepucio del clítoris y el glande; Tipo IV Otros: Recoge los demás procedimientos lesivos de los genitales femeninos con fines alejados de la medicina, dado que la persona sometida a MGF no presenta previamente ningún riesgo de enfermedad que haga necesaria esa práctica, tales como: punción, perforación, incisión, raspado o cauterización de la zona genital (p.4).

De otro lado, la desinfibulación cabe señalar que se refiere a la técnica que permite practicar determinados cortes para provocar una apertura de la vagina cerrada de la mujer que de forma previa se somete a infibulación, siendo necesario para lograr una mejora del bienestar y la salud, y con el fin de posibilitar los coitos y mejorar la facilidad a la hora de dar a luz (OMS, 2020). Con respecto a las consecuencias que se derivan de la práctica de la ablación genital, en primer lugar, cabe comprender que se trata de una intervención que lesiona y altera los órganos genitales femeninos, de modo que, para llegar a entender la gravedad de la MGF, es necesario concebir como la intervención altera de manera radical y perpetua, los órganos genitales, así como la salud, condicionando la vida de las mujeres (Falcao, 2017, p.36). La práctica de la MGF da lugar a consecuencias variadas, dependiendo generalmente de la tipología realizada pero también del estado general en que se encuentran las niñas y mujeres sometidas a dicha práctica, junto al lugar en que se practica y las condiciones de higiene en el entorno, los instrumentos empleados para el corte y la persona que lo lleva a cabo (Leye, 2017, p.324).

Resulta obvio destacar que la MGF provoca consecuencias negativas a nivel de salubridad y bienestar, pero también a nivel general de la persona, creando en no pocas ocasiones hemorragias e infección, incluso el tétanos; también infecciones urinarias y ginecológicas, cicatrices, lesiones graves en el área pélvica externa o sangrado, y también problemas psicológicos (Pekarsky, 2022). Por su parte la OMS (2020) clasifica las consecuencias de la MGF, atendiendo al instante en que se producen, es decir, a corto o a largo plazo, así como a las características de las consecuencias, tanto de tipo obstétrico, como sexual, psicológicas, entre otras, o ambas.

- A corto plazo: pueden aparecer hemorragias, dolores severos, shocks, hinchazones de los genitales, infecciones que pueden derivar en sepsis, mala cicatrización y en los casos más graves, la muerte.
- Complicaciones a largo plazo: Dolor crónico vulvar y del clítoris, picor, problemas menstruales, infecciones y dolor crónico urinario.
- Riesgos obstétricos (embarazo, parto y posparto): Cesárea, hemorragia posparto, episiotomía, desgarros, muerte fetal o reanimación infantil.
- Riesgos sexuales: puede disminuir el deseo sexual y la satisfacción, así como carecer de lubricación y no experimentar órganos.

- A nivel psicológico: generalmente estrés después del trauma, ansiedad y depresión.

Queda patente como la MGF no tiene ningún tipo de beneficio para la salud, sino todo lo contrario, dado que es evidente que daña a las niñas y a las mujeres de múltiples formas, implicando lesiones en un órgano sano y normal, interfiriendo por lo tanto en las funciones naturales del cuerpo humano. Además, los riesgos aumentan a medida que lo hace la gravedad del procedimiento, asociándose finalmente todos ellos a un aumento de riesgos para la salud.

Una vez aclarados estos conceptos, y presentado las consecuencias directas que supone la MGF para las niñas y mujeres sometidas a dicha práctica, se procede en el próximo apartado a hablar acerca del origen, los motivos y creencias que amparan dicha práctica.

2.1.2. Origen y motivos que amparan la práctica de la mutilación genital femenina

De forma exacta, no se conoce cuando ni en qué modo la práctica de la MGF empezó, pero si es cierto que existen indicios que bien podrían señalar que comenzó en Egipto, hace aproximadamente 4000 años, un hecho que se avala en algunas de las momias que se han encontrado con dicha intervención realizada, y extendiéndose hacia otras sociedades más tribales de algunos países de África (Adam Muñoz, 2003, p.13). Añade Castañeda (2003), que, a pesar de ese origen impreciso, la práctica de la MGF es una especie de ritual que se practica entre las mujeres egipcias, también fenicias, hititas y etíopes, convirtiéndose en una práctica que se llevó a Sudán y a través del cuerno de África (Castañeda, 2003). Con el paso del tiempo la MGF fue adquiriendo un significado simbólico en aquellas comunidades que llevan a cabo su práctica, avalando además dicha práctica en motivos tanto sociales como culturales (Comité Interamericano sobre Prácticas Tradicionales Perjudiciales “GIPE/PTP”, 2010).

La MGF se llega a considerar una práctica habitual propia del ciclo vital de las mujeres en las comunidades en las que esta actividad cuenta con el consentimiento para ser llevada a cabo, llegando incluso en algunas de estas comunidades a formar parte de ceremonias de iniciación, que por otro lado también se vinculan a los valores propios culturales, ancestrales, destacando los sentimientos de pertenencia a la comunidad a la etnia y la forma en que se complementan los sexos lo que es lo mismo la identidad de género (Kaplan, 1998; Kaplan et al, 2013 y GIPE/PTP, 2010). Si bien a pesar de que la práctica se perpetúa, las mujeres y niñas que se someten a dicha práctica no consiguen justificar explícitamente dicha práctica, tan sólo se

someten a ella fruto de las tradiciones de su comunidad, en la que nacen, crecen y se desarrollan (GIPE/PTP, 2010). Cuando se indaga en los motivos que perpetúan la MGF, son diversos los motivos que se encuentran.

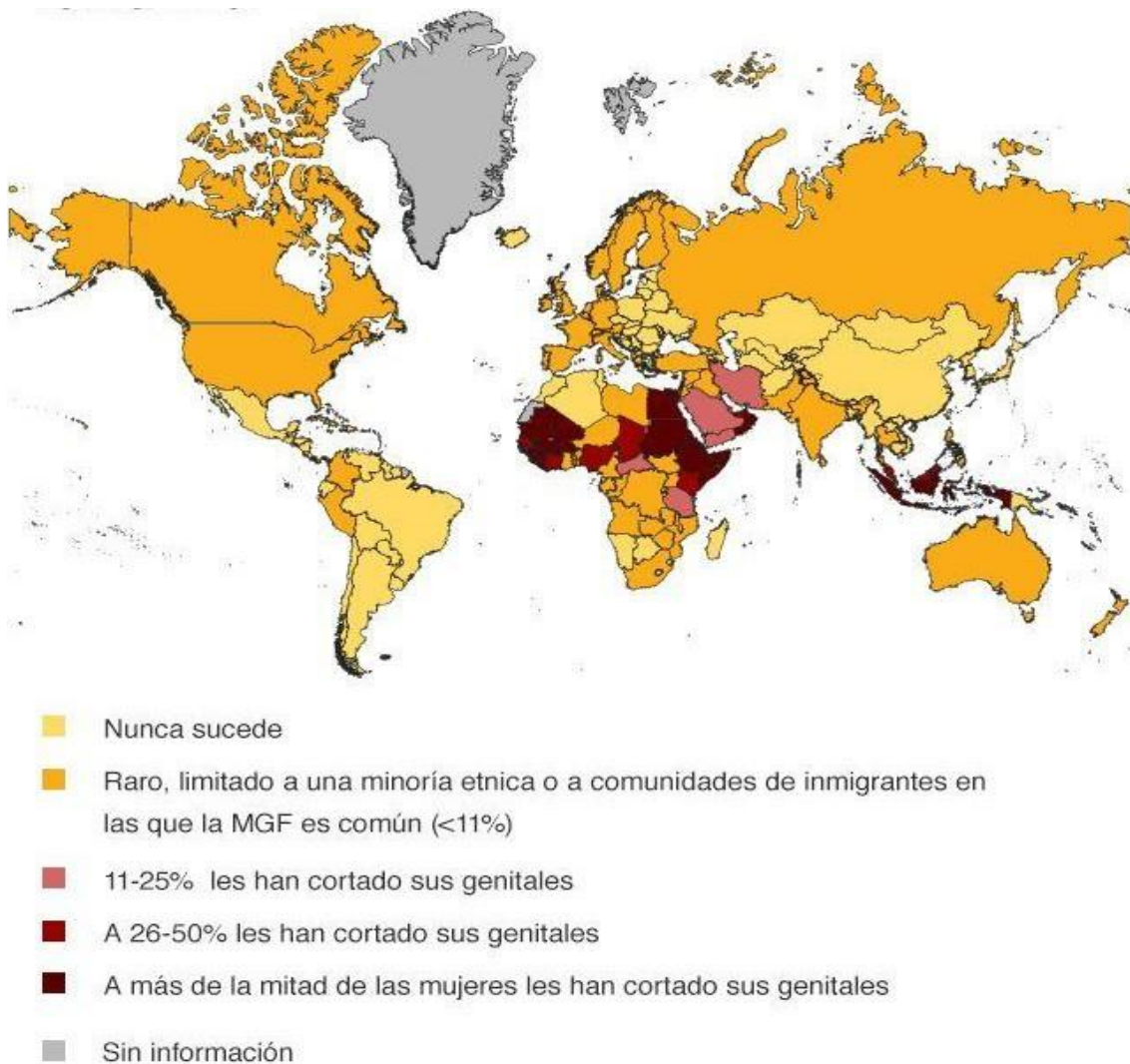
En este sentido, cabe señalar la justificación que deriva de la tradición, o bien por motivos religiosos, y como se ha señalado anteriormente, el hecho de tomar como base la preservación de la identidad tanto de género como étnica, la protección de la feminidad, la pureza, el honor de las familias o la fertilidad. También cabe hacer mención de los motivos higiénicos los cuáles se refieren al hecho de que en ciertas colectividades, los genitales de la mujer, se consideran algo sucio, a la par que estético, llegando a mantener la creencia de que el clítoris puede alcanzar dimensiones que se asemejarían a las del pene en caso de no ser escindido, entre otros motivos, practicándose por lo tanto en comunidades como la musulmana, la cristiana copta y la judía falasha, a pesar de no mencionarse en la Biblia ni en el Corán (Kaplan, 1998).

Por lo tanto, como se deduce de lo expuesto, el fundamento de la MGF no subyace en razones médicas, sino que siguiendo lo dispuesto por Garcés (2024), cabe señalar que es una práctica con un gran arraigo ritual por el que se simboliza en la mayoría de las ocasiones el paso de las niñas a la vida adulta, representando además otros motivos como el de la pureza y el honor de la mujer y las familias, entre otras circunstancias de interés relacionadas.

2.1.3. Situación en el mundo y en España

Actualmente, la MGF se concentra mayormente en unos treinta países de África y Oriente Medio, y se practica en ciertos lugares de Asia, así en Europa fruto de la inmigración, en Australia, también en Norteamérica, y en la comunidad indígena Embera, en Sudamérica (OMS, 2020). A continuación (Figura 1) se presenta la proporción de casos de MGF o ablación en porcentaje alrededor del mundo, incluyendo formas leves y severas de mutilación.

Figura 1 (Casos MGF en el mundo)



Nota. La imagen representa el porcentaje de casos de mutilación genital femenina de forma leve y severa alrededor del mundo (Fuente: The Woman Stats Projects, 2020).

A pesar de la estimación por parte de la ONU de que la MGF se concentra en unos treinta países en África y Oriente Medio, se observa a través del mapa que la misma es practicada igualmente en lugares como Asia o Latinoamérica, Norteamérica y también en Europa, dado que conviven en, por ejemplo, Australia o Nueva Zelanda, algunos inmigrantes que llevan a cabo dicha práctica (Ontiveros, 2019). En el caso de España a pesar de que no se conocen datos reales de ablaciones realizadas en el país, en base a lo señalado en el Informe realizado por el Ministerio de Igualdad (2020), sí que se llega a la conclusión de que España, como país receptor de niñas que provienen de países donde se sigue practicando la MGF, alcanza unas cifras cercanas a las 69.000 mujeres y niñas, señala que de estas cerca de un total de 3652 niñas están

en riesgo de sufrirla, destacando sobre todo las niñas y también las adolescentes que se encuentran viviendo en lugares como Barcelona, así como Gerona, también Madrid y Lérida (Save The Children, 2022). A la hora de calcular el riesgo real de estas niñas de sufrir ablación de clítoris o cualquier otro tipo de MGF, se acude a la siguiente fórmula dada por Save The Children (2022, 2): “ $X_r = [N_{pg} \times P_p * (1 - m)] + [N_{sg} \times P_p * (1 - m)]$ ”¹. Aplicando esta fórmula, se logra obtener la cifra de niñas que se encuentran en riesgo por provincias.

Son cuatro las provincias españolas como se ha destacado en líneas anteriores que más alarmas hacen saltar. Por un lado, Barcelona con un total de 746,14 niñas, seguida de Girona con 504,025 niñas, Madrid en tercer lugar con un total de 335,065 niñas y por último Lérida con un total de 249,04 niñas (Colell, 2023). Por otro lado, a nivel autonómico, los Mossos d’Esquadra han llevado a cabo diferentes estudios sobre los casos reales que han tenido lugar en Cataluña.

Así, la infografía sobre MGF del año 2021, cuyos casos se han detectado mayormente gracias a los médicos y servicios de salud, muestra algunos de los datos de mayor relevancia, destacando que las niñas sometidas a MGF en cierto modo han descendido desde el año 2016, pasando de una media de 26 casos al año en el período comprendido entre el año 2008 a 2015, a una media anual de 4,16 en el año 2021 (Mossos d’Esquadra, 2021). Ante estas cifras, España se centra en la prevención, así como detección y protección, sobre todo con respecto a las 3652 niñas que se encuentran en riesgo de sufrirla (Save The Children, 2022).

2.1.4. Derechos fundamentales implicados en la práctica de la mutilación genital femenina: tipificación en España

La MGF se encuentra tipificada como delito de lesiones en el Código Penal (CP en adelante), propio del artículo 149 (art., en adelante), castigándose con prisión de 6 a 12 años, siendo de

¹ La fórmula significa: “ X_r = número de niñas entre 0 y 14 años en riesgo de sufrir MGF, originales de un país donde la MGF se ha documentado y se ha calculado su prevalencia, que actualmente residen en España; N_{pg} = número de niñas entre 0 y 14 años migrantes de primera generación de un país donde se practica la MGF residentes en España; P_p = prevalencia general de la práctica en el país de origen (nacimiento) de las niñas. N_{sg} = número de niñas entre 0 y 14 años migrantes de segunda generación (nacidas en España) con nacionalidad en un país donde se practica la MGF; P_p = prevalencia general de la práctica en el país de la nacionalidad de las niñas. m = factor de impacto de la migración y el proceso de aculturación” (Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, 2020).

aplicación para el caso de tratarse de menores de edad el artículo 149.2 CP², donde se otorga especial protección a los menores y personas con discapacidad. Igualmente se encuentra recogida en la “Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual”, en concreto en su art. 6 donde se recoge qué es la violencia sexual.³ Esta ley viene a añadir el complemento de mutilación femenina al art. 83 del CP, incluyendo una serie de prohibiciones para la suspensión de la ejecución de la pena a aquellos que lleven a cabo dicha práctica.

A pesar de la claridad de la legislación y de quedar patente que la MGF es un delito, tiene lugar una colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física, y ello, porque fruto de costumbres arraigadas, las cuales chocan con derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física de las menores. Es por ello, por lo que dicha colisión de derechos no hace sino plantear un dilema ético a la par que legal, que precisa de un equilibrio entre ambos derechos, buscando la protección de la libertad religiosa y la salvaguarda de la integridad física y de los derechos fundamentales.

De un lado, la libertad religiosa es un derecho humano que se reconoce a nivel internacional y el cual viene a garantizar la libertad tanto de creencias, como prácticas y manifestaciones religiosas de las personas (Roa Roa, 2015, p.2). El derecho a la libertad religiosa cuenta con su propia legislación en España, y se protege especialmente, pero sin ser un derecho absoluto ni que pueda justificar prácticas que violen los derechos fundamentales de otros, en especial cuando se refiere a la integridad física de los menores. De otro lado, el derecho a la integridad física de los menores, regulado en la Constitución Española 1978 (CE), en su artículo 15, fundamental y prioritario, dado que busca otorgar protección a los menores, ante cualquier forma de violencia, daño o lesión, incluyendo por lo tanto las prácticas como la MGF, dado que es una práctica que causa daño físico y psicológico irreversible a las niñas, violando su integridad física, su salud y el derecho esencial a la integridad física, etc.

Para el caso concreto de la MGF, cabe señalar que se presenta un conflicto entre la preservación

² Artículo 149.2 CP: “*el que causará a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección*”

³ Artículo 6 Ley 10/2022, de 6 de septiembre: se considera violencia sexual a “*todos aquellos delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual*”.

de ciertas prácticas culturales o religiosas y el respeto a la dignidad y derechos de las niñas. Aunque algunas comunidades o grupos de inmigrantes pueden justificar la MGF por motivos culturales o religiosos y para ellos no supone ningún problema, es esencial reconocer que esta práctica infringe los derechos humanos y pone en peligro la salud y el bienestar de las niñas (Marchal, 2011). En la resolución de esta colisión de derechos, es crucial encontrar un equilibrio que permita respetar y proteger tanto la libertad religiosa como la integridad física de los menores. Este hecho conlleva llevar a cabo la adopción de diferentes medidas legales, así como también educativas y de sensibilización con el fin de lograr la conciliación de ambas esferas, asegurando la protección de los derechos fundamentales de los menores sin menoscabar innecesariamente la libertad religiosa.

Además, se debe poner énfasis en el límite de ciertos derechos fundamentales, así como ponderar unos respecto a otros.

2.2. El derecho a la libertad religiosa individual

2.2.1. Encaje constitucional

En el art. 16 de la CE⁴ queda configurada la libertad religiosa y se desarrolla en la “Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio”, enmarcándose en los Derechos Fundamentales del Estado y de ahí que cuente con unos mecanismos de garantía especiales. Según el art. 16 de la CE, la libertad religiosa se configura a través de dos ideas principales, de un lado, la vertiente objetiva, por lo que se exige a los poderes públicos la neutralidad en el orden religioso e ideológico, y la no oposición a la relación de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia, confesiones y comunidades religiosas (López Castillo, 2001). Por otro lado, la vertiente subjetiva, que viene a constituir una autodeterminación religiosa que conlleva la opción de poder exteriorizar las creencias y opiniones religiosas, con un solo límite constitucional que se deriva del mantenimiento del orden público (Polo Sabau, 2004, p.250).

Respecto al plano objetivo de la libertad religiosa como derecho, cabe señalar que conlleva una doble exigencia, y ello, tomando en consideración la STC 101/2001, de 2 de junio, FJ^a 4 y en relación con lo recogido en el art- 16.3 de la CE, donde se precisa que el Estado y los poderes públicos deben ser neutrales conforme a la aconfesionalidad del Estado y deben mantener una relación de cooperación con las diferentes Iglesias o religiones que se procesen. De otro lado, la STC 340/1993 de 16 de noviembre FJ^o 4 y STC 177/1996 de 11 de noviembre FJ^o 9, vienen a considerar el componente religioso que se encuentra presente en España, y pese a declararse el Estado neutral en el art. 16.3 de la CE, ordenan a los poderes públicos el mantenimiento de las relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y otras confesiones, legitimando la idea de aconfesionalidad o laicidad positiva.

Respecto a la vertiente subjetiva del derecho, de especial relevancia para este trabajo,

⁴ Art. 16 CE: 1. “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

también se implica doblemente: a nivel interno y externo. En este sentido, es de interés la STC 177/1996, de 11 de noviembre, que señala: “la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”. Además, junto a la vertiente interna de creencias, señala López Castillo (2001, p.11): “se establece la dimensión externa de agere licere que permite a los sujetos que actúen conforme a sus creencias y que las mantengan frente a terceros”, dicho de otro modo permite profesar las creencias deseadas y conducirse conforme a estas, y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, fundamento jurídico segundo, así como STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 10 y 137/1990, de 19 de julio, FJº 8 (López Castillo, 2001, p.11)

Por lo tanto, el reconocimiento de la esfera de libertad y agere licere, lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualquier grupo social” quedando dispuesto en el art- 16.2 CE: “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Dicha dimensión externa, viene a significar que cabe la posibilidad de ejercer dicho derecho, quedando inmunizado a las coacciones por parte del Poder Público, de las acciones que vienen a constituir la manifestación o la expresión del fenómeno religioso (López Castillo, 2001, p.12). por lo tanto, la Constitución Española reconoce la libertad pública, y viene a establecer cauces de correlación entre el poder Público y las congregaciones religiosas. Por lo tanto, siguiendo lo dispuesto por López Castillo (2001), de dicho reconocimiento se deduce que no se puede imponer ningún tipo de sanción fruto de la manifestación de las creencias religiosas, con reserva de los límites al derecho. Además, estos límites al derecho tan sólo pueden recaer de forma legítima es aspecto externo de agere licere.

A la vez que tiene lugar la configuración de la dimensión externa del derecho que viene a posibilitar la libre acción y el comportamiento conforme a las creencias religiosas, la configuración se complementa a través de otros artículos de la CE, que lo que hacen es otorgar mayor garantía. Por ejemplo, el art. 16 de la CE, guarda relación directa con el art. 10 de la CE, donde se proclama la dignidad de los sujetos y el libre desarrollo de la personalidad y con el art. 14 de la CE donde se establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación por motivos religiosos. Así, la exteriorización de la libertad religiosa también guarda relación directamente con el art. 20 de la CE, que garantiza el derecho a

“expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones”.

2.2.2. Desarrollo normativo Ley Orgánica Libertad Religiosa

Como se ha podido comprobar, la libertad religiosa se garantiza en la CE, pero con posterioridad resultó necesario el desarrollo de una Ley Orgánica (LO) en tanto mecanismo para garantizar los derechos fundamentales, así, la libertad religiosa se articula con la LO 7/1980, que tan sólo con ocho artículos sentó base sobre los aspectos fundamentales del derecho. Tras un breve análisis de la LO 7/1980, se pueden extraer unas conclusiones básicas sobre la libertad religiosa en el ámbito individual, tales como las que se exponen a continuación: Con respecto al objeto de la Ley, en base a lo recogido en los arts. 1.1 y 1.3, cabe señalar que tiene como objetivo el garantizar y proteger el ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, reconociendo y respetando las creencias religiosas de las personas.

En relación con el ámbito de aplicación, y en base a lo recogido en el art. 3.2⁵, se desprende que el ámbito de aplicación y el objeto de esta Ley es la protección de la expresión o actividad únicamente religiosa, dejando de lado aquellas actividades o fines que no tengan carácter estrictamente religioso, todo lo cual se desprende de Sentencias tales como: STC 19/1985 de 13 de febrero, FJº 2; así como de la STC 120/1990, de 27 de junio, FJº 10; la STC 137/1990, de 19 de julio, FJº 8; STC 46/2001, de 15 de febrero FJº 4 cuarto, así como la STC 24/1982, de 13 de mayo; STC 166/1996, de 28 de octubre y STC 46/2001 de 15 de febrero.

Atendiendo al derecho a la libertad religiosa, arts. 2.1 y 2.3, se reconoce el derecho que todos los sujetos tienen derecho a la libertad de “profesar de forma libre una creencia ... o bien no realizar profesión alguna, así como a abstenerse de declarar sobre ellas”, “practicar actos de culto...”, “recibir e impartir enseñanza e información religiosa...” y “reunirse o manifestarse con fines religiosos...”, imponiendo a los poderes públicos la adopción de medidas necesarias para hacer efectivo este derecho. En relación con la

⁵ Artículo 3.2. LOLR: “Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos.”

igualdad y no discriminación y en virtud del art. 1.2, se garantiza la igualdad ante la ley sin discriminación por motivos religiosos, protegiendo de este modo a las personas y comunidades religiosas frente a cualquier forma de discriminación. La garantía constitucional del art. 4, no hace sino garantizar la tutela efectiva del derecho siguiendo a Combalía (2018, p.212): “en dos vertientes, dado que por un lado lo hace ante los Tribunales Ordinarios mediante amparo judicial y bajo principios de sumariedad y preferencia y, por otro lado, ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo”.

Por último, con respecto a la limitación del citado derecho y en virtud del art. 3.1, se reconoce la posibilidad de limitar la libertad religiosa por motivos de seguridad, orden público, salud pública o libertades y derechos fundamentales de terceros, siempre que estas limitaciones resulten proporcionales y necesarias para la sociedad democrática (Combalía, 2018, p.212). Se produce, por lo tanto, una exégesis que viene a restringir de las limitaciones a la libertad ideológica y también al modo de llevar a cabo su expresión, de ahí que las limitaciones sean tan sólo las necesarias como se ha señalado para lograr mantener el orden público protegido por la ley.

2.2.3. Límites al ejercicio del derecho

Una vez vista la configuración del derecho a la libertad religiosa, de la misma se puede deducir que el bien jurídico que se protege a través del mismo, es la parte social o exterior de las creencias religiosas, o lo que es lo mismo, la manifestación libre o no de las creencias, así como la garantía de que dicha manifestación no debe conllevar desigualdad ni discriminación por el Estado o de algún grupo social. No obstante, el art. 16 de la CE y el art. 3.1 de la LO 7/1980, constatan que es un Derecho con unos límites fijados y, de acuerdo con los demás derechos, no puede ser ilimitado.

Ahora bien, el punto clave es identificar cuándo el ejercicio de un derecho supera ciertos límites, perdiendo su protección jurídica e incluso, pudiendo encontrarse sujeto a ciertas restricciones (Combalía, 2018, p.213). Por lo tanto, llegar a identificar el abuso, no es una tarea sencilla, dado que se trata de un derecho fundamental que se encuentra vinculado al

desarrollo de libre personalidad, a la libertad y a la dignidad de la persona y todo ello, porque el abuso puede manifestarse de diversas formas y a través de diferentes contextos, de ahí que en ocasiones sea complicado el poder detectarlos fruto de la complejidad de las relaciones sociales y las diversas formas de manifestación.

En este sentido en la STC 159/1986, el Tribunal sostiene: “la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras del mismo. De ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de interpretarse en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

Por lo tanto, siguiendo a Combalía (2018) y Pérez Royo (1993, p.291), de lo que se trata es de evitar abusos en el ejercicio del derecho y en las limitaciones de forma respectiva, es decir, se trata de que los límites que se impongan deban ser justos, necesarios y proporcionales y todo ello, con el fin de lograr el ejercicio correcto del Derecho, con el fin de favorecer la mayor libertad posible y el establecimiento de las restricciones mínimas que resulten necesarias. Por lo tanto, la imposición de límites a los derechos debe de tener lugar de forma debida buscando evitar abusos y de este modo llegar a garantizar que no tenga lugar el socavo de la esencia de los derechos que se vienen citando.

Esto viene a decir que, el ejercicio del derecho no puede ser ilimitado, de ahí que deban fijarse unos límites, siendo el problema el llegar a establecer qué aspectos de la libertad religiosa deben sufrir dichos límites. Así, en virtud del artículo 16.1, y en base a lo que se viene señalando, los límites tan sólo se pueden fijar en sus “manifestaciones”. Es por ello, por lo que el legislador deja patente que la libertad de creencias a nivel interno es ilimitada, pero al momento de ser exteriorizada, es cuando el Derecho puede resultar afectado. Por ello, en base a lo recogido en el artículo 16.2: “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología o creencias”, también se pone de manifiesto la intención del legislador de que la manifestación externa de las creencias no puede ser obligada y, por tanto, también establece límites legales en este sentido.

Por tanto, siguiendo a Combalía (2018, p.214) y Ruiz (1992, p.70), la limitación al derecho a la libertad religiosa tan sólo se puede imponer sobre la vertiente externa de agere licere, que permite a los sujetos actuar y manifestarse conforme a sus convicciones y mantenerlas frente a terceros. Se contempla a tal respecto, una dimensión que reconoce la facultad a los ciudadanos de actuar conforme a sus convicciones sin tener por ello que sufrir sanción,

demerito o compulsión.

Acto seguido, se analiza cada uno de los elementos limitadores de la vertiente externa del derecho a la libertad religiosa: orden público, moral pública, seguridad pública y derechos y libertades de terceros. Con respecto a los elementos limitadores se establecen a través del artículo 3.1 LOLR.

- Respecto al orden público, cabe señalar que se refiere a los límites que se encuentran previstos por ley en el ámbito de la sociedad democrática. Por lo tanto, los derechos fundamentales se interpretan conforme a los principios generales del Derecho en España y el “Convenio Europeo de Derechos Humanos” (art. 9.2) y el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (art. 18.3). Por lo tanto, el orden público no es más que el “respeto y servicio de los derechos fundamentales cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamental mismo del orden público”.
- Respecto a la moral pública, el Tribunal Constitucional en adelante (TC) en STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3º, la describe como: “elemento ético común de la vida social”. No se trata por tanto de un concepto religioso determinado, sino de aquellos principios básicos morales que imperan en la sociedad.
- En relación con la Seguridad pública: el TC, en STC 59/1985, de 6 de mayo, FJº 2, limita el concepto a “las organizaciones y medios instrumentales, en especial los CSFG del art. 104 de la CE”. Por lo tanto, el concepto queda limitado a la protección de las personas y los bienes en el ámbito de actuación de los CSFG, es decir frente a acciones violentas, calamidades, peligros, grave perturbación del orden, lucha antiterrorista, entre otras circunstancias (Combalía, 2018, p.214 y Bernal Ballesteros, 2019, p.252).
- Por último, respecto a la Salud Pública se entiende en base a lo señalado por la OMS (2022,1): “el conjunto de actividades sociales y políticas destinadas a mejorar la salud, prolongar la vida y mejorar la calidad de vida mediante la promoción de la salud, prevención de enfermedades, etc.”. Por lo tanto, para que la salud pública se convierta en un factor limitador del ejercicio de la libertad religiosa es vital que la persona afectada sea menor de edad, o en caso contrario, que exista riesgo para la salud pública: contagios, epidemias, plagas, etc.

Tras analizar los límites al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, se puede observar cómo el supuesto planteado de MGF o ablación choca frontalmente con los cuatro elementos limitadores. Se produce por lo tanto una perturbación del orden público, dado que no se respetan los derechos y libertades de las menores que se someten a MGF. Igualmente, la moral también se ve afectada, dado que no es una práctica tolerada ni seguida por las sociedades de Occidente, y se produce una colisión con la seguridad pública, dado que la MGF es una práctica violenta que se castiga en el CP. Por último, la salud pública también se ve afectada, dado que la práctica supone un grave riesgo para la salud de las niñas, menores y que no han otorgado consentimiento.

En definitiva, el análisis del encaje constitucional y legal del derecho a la libertad religiosa en España, centrado en el artículo 16 CE y su desarrollo mediante la LOLR, hace ver como destacan dos vertientes fundamentales de este derecho: la objetiva, que exige neutralidad religiosa e ideológica del Estado y la cooperación con distintas confesiones, y la subjetiva, que garantiza la autodeterminación religiosa y la manifestación externa de las creencias, siempre y cuando no viole el orden público protegido por la ley. También se han detallado los elementos relevantes de la LOLR, resaltando su objetivo de proteger y garantizar la libertad religiosa, así como su ámbito de aplicación limitado a actividades estrictamente religiosas. También, se han descrito los derechos individuales incluidos en esta ley, como la libertad de profesión de creencias, culto, enseñanza religiosa y reunión con fines religiosos, junto con la prohibición de discriminación por motivos religiosos.

Además, se ha abordado la protección constitucional y la garantía judicial de este derecho, subrayando la necesidad de limitar el ejercicio de la libertad religiosa (*agere licere*) con el fin de preservar el orden público, la moral, la seguridad y la salud públicas. Por último, se ha planteado cómo la mutilación genital femenina, al ser una práctica que afecta gravemente los derechos y la salud de las niñas, infringe estos límites establecidos del Derecho, conllevando una violación de los derechos fundamentales y éticos, además de ser una práctica ilegal castigada por la ley.

2.3. Derecho a la integridad física

2.3.1. Definición y encaje constitucional

El derecho a la integridad física se regula en el art. 15 CE. Del mismo modo que el derecho a la libertad religiosa es un derecho fundamental y cuenta con una protección especial y dispone de mecanismos de garantía más eficaces. Respecto al contenido mínimo del derecho cabe señalar que se materializa en la CE, y su desarrollo, así como las injerencias en el mismo, en la “LO 10/1995” del CP. El art. 15 de la CE, a grandes rasgos trata del derecho de todo sujeto a decidir sobre las actuaciones que pueden producir un daño o menoscabo de su cuerpo, así como aquellas que pueden alterar de forma negativa su bienestar psicológico o bien supongan humillaciones o envilecimiento (Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera, 2016, p.625). La aportación principal de este derecho fue el distinguir entre las injerencias físicas (torturas o actos físicos) e injerencias de carácter moral (tratos inhumanos o degradante), y por otro, elevar las dos categorías de injerencias al mismo nivel de perturbación del bien jurídico protegido.

En este sentido añaden Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera (2016, 625): “la dignidad de la persona queda más protegida, pues no es necesario un ataque físico para poder dañarla o perturbarla”. Así, conforme a la STC 120/1990, es necesario resaltar el consentimiento, dado que se considera una injerencia: “toda clase de intervención que carezca del consentimiento de su titular”. Además, resulta de interés que, según la doctrina, la integridad física se sustenta en la “inviolabilidad corporal”, pudiendo distinguirse diversos aspectos en base a lo dispuesto por Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera (2016, p.625) y Pascual-Medrano (2018, p.48):

Integridad física en sentido estricto: no ser privado de ninguna parte del cuerpo;
Integridad física cómo apariencia física personal: no ser desfigurado; Integridad cómo salud física y mental: no ser expuesto a enfermedades; Integridad cómo bienestar físico y mental: la protección frente a la generación de dolor o sufrimiento (p.48).

Este artículo (15 CE), lo que busca es proteger tanto el plano físico como moral de los sujetos sin distinción alguna. No obstante, en base a lo indicado por Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera (2016, p.625) y Medrano (2018, p.50), la protección debe de poder garantizarse más efectivamente a los sujetos que son más vulnerables, como es el caso de las niñas y las mujeres, así como discapacitados. Ello, porque estos colectivos, en caso de producirse

injerencias físicas, por lo general tienen una capacidad de defensa y fuerza menor, y de ahí que sea necesario protegerlos de forma más intensa. De este modo, en el caso de niños y personas con discapacidad, el CP castiga más severamente las injerencias en dichos colectivos, añadiendo agravantes a algunos delitos. A ello, cabe añadir que se crean otras leyes como la “LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia”, que viene a ensalzar el interés general del menor, así como su bienestar e incolumidad (Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera, 2016 y Medrano, 2018).

De otro lado, la STC 120/1990, viene a decir que: “toda clase de intervención” supone igualar todas las injerencias, independientemente de la intensidad o la gravedad de los efectos de estas. No obstante, para aclarar qué supone una injerencia física, el TC destaca en otra STC 207/1996, que: “la integridad física supone incolumidad corporal y solo es incólume, aquello que permanece sin daño o lesión”. Este derecho, del mismo modo que el resto de los derechos fundamentales se interprete conforme a las normas y Tratados Internacionales ratificados por España. Así, en atención a los principales hechos históricos acaecidos en el siglo XX en Europa y el resto del mundo, el derecho a la integridad física, así como la prohibición de cualquier tipo de tortura y los tratos degradantes siguiendo a Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera (2016, p.626) y García (2017, p.13), poseen una importancia notoria y especial en la legislación Internacional sobre Derechos Humanos.

Es por lo anterior, por lo que son diversos los marcos normativos que guardan relación con este derecho, destacando la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y más concretamente el art. 5, así como el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” a través de sus arts. 7 y 10 respectivamente y también, la “Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” como se precisa en el art. 2.

En definitiva, el derecho a la vida e integridad física, que se consagra en el art. 15 de la CE, es fundamental por diversas razones (Iglesias Carballo, 2002, p. 4 y Aparicio Pérez y Barceló i Serramalera, 2016, p.626).

- Protege la vida: el artículo viene a garantizar el derecho a la vida, un derecho indispensable y básico para los sujetos, resultando además ser el fundamento de todos

los demás derechos, dado que sin vida no puede existir disfrute ni ejercicio de ningún otro derecho.

- Salvaguarda de la integridad física: el derecho asegura la protección del cuerpo y la integridad física de las personas, garantizando que no sean objeto de tortura, tratos inhumanos o degradantes, ni sufran violencia física o amenazas a su integridad.
- Preservar y proteger la dignidad humana: contribuye a proteger la dignidad inherente al ser humano, reconociendo que la vida y la integridad física son aspectos vitales para el desarrollo humano en condiciones de respeto y dignidad.
- Es la base para lograr el respeto de otros derechos: al proteger la vida y la integridad física, se sienta la base para garantizar otros derechos fundamentales, tales como: libertad, igualdad, salud y seguridad de las personas.
- Protección Especial: el derecho reconoce la vulnerabilidad inherente a los menores fruto de su edad y su dependencia. Por tanto, se establece la obligación de la sociedad y el Estado de brindarles una protección especial para salvaguardar su vida e integridad física.
- Responsabilidad del estado: se establece una obligación para el Estado y las autoridades, con especial vinculación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, proteger y garantizar estos derechos, adoptando medidas que resulten necesarias para prevenir y sancionar cualquier amenaza o violación a la vida e integridad física de los ciudadanos.

En definitiva, el art. 15 de la CE, consagra y protege el derecho a la vida y la integridad física, en especial de los menores, reconociendo su especial vulnerabilidad y estableciendo la obligación de la sociedad y el Estado de proteger y preservar estos derechos fundamentales para su adecuado desarrollo y bienestar. Igualmente, queda patente como las ablaciones suponen un atentado al art. 15 de la CE, al vulnerar el derecho a la integridad física en sentido estricto de las menores, es decir, privación de una parte del cuerpo, y también la salud y el bienestar físico, al generar dolor y sufrimiento y posible exposición a enfermedades o complicaciones.

2.3.2. Límites al derecho a la integridad física

La integridad física se puede ver comprometida por diversas situaciones, así, el TC viene a afirmar que a pesar de que la CE no incluye en su art. 15, el sacrificar de forma legítima los derechos que en la misma incluye, el derecho a la integridad física ostenta una serie de límites, como se observa en la STC

207/1996 FJº 4. Eso sí, la legítima imposición dependerá de los parámetros que para este tipo se contemplen en el ordenamiento jurídico que corresponda. En este sentido, el TC sostiene que el imponer límites a los contenidos propios de un derecho fundamental, sólo resulta legítimo en el momento en que viene a satisfacer una suerte de necesidades y una exigencia formal a la par que sustantiva.

Por lo tanto, cabe comprender que, desde un punto de vista formal, lo que se exige es que los límites se establezcan a través de resoluciones judiciales debidamente motivadas y dictas por lo tanto al amparo de lo que se prevé en normas con rango de ley, aunque bien es cierto que el Tribunal reconoce que son legítimas ciertas restricciones impuestas a derechos fundamentales, a pesar de que no encuentren amparo en una resolución judicial. A tal respecto, la STC 38/1987 FJº 7, o la STC 207/1996 FJº 4, donde se precisa que:

la falta de reserva de jurisdicción en el artículo 15 de la CE, reconociendo la posibilidad por lo tanto que, ante razones de urgencia y necesidad, la ley autorice a la policía judicial la práctica de intervenciones corporales leves y simples inspecciones y reconocimientos.

Por lo tanto, desde un punto de vista material, los límites deben contar con un fundamento constitucional, y por lo tanto respetar las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad con independencia de cualquiera que sea la situación de la que se derive de su imposición, por lo que en ningún caso puede conllevar “menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona”, tal y como se recoge en la STS 120/1990 FJº 4.

Cabe añadir que, en determinadas ocasiones excepcionales, como pueden ser los experimentos

científicos o la potestad punitiva que ostenta el Estado a la hora de investigar delitos (requerimiento de practica de exámenes biológicos), cabe señalar para el supuesto de la experimentación es necesario que la persona facilite consentimiento de forma libre e informada, debiendo ser informado de que examen se realizarán, cuál será su alcanza y el posible efecto que puede tener lugar con respecto a su salud e integridad.

A su vez, el Estado tiene la capacidad para poder llevar a cabo la limitación o la intervención en derechos fundamentales, a la hora de realizar investigaciones y cumplir con su rol de mostrarse como garante y protector de la paz social, luchando contra la impunidad, como en casos de exámenes de tipo médico o genético, pudiendo al respecto, dar lugar al establecimiento de responsabilidades del orden penal, sobre todo en casos de delitos que guardan relación con la libertad sexual o contra la vida e integridad.

Así, el TC, procedió a argumentar que ningún derecho es absoluto, y de ahí que puedan ser objeto de distintas limitaciones por parte de la intervención del Estado, pero siempre considerando que las limitaciones deben cumplir con fines legítimos, y no debiendo existir otros medios que resulten menos invasivos a los derechos que se lesionan, siendo además necesario que exista proporcionalidad en la medida que se adopte y que da lugar a la afectación al derecho.

Por su parte, los arts. 1,1, 9.2, 10.1 y 53.1 de la CE, vienen a mostrar el compromiso constitucional que permite asegurar la vigencia real a la par que efectiva de los derechos fundamentales. De ahí, que el art. 10.1 CE, se refiera entre otros, al respeto a los derechos de los demás, y ello, en tanto «fundamento del orden político y de la paz social». Por lo tanto, las restricciones de cualquier derecho fundamental solo podrán tener lugar siempre que no se comprometan otros valores constitucionales.

En definitiva, las limitaciones a este derecho fundamental son compatibles con la protección debida del ser humano. Las limitaciones tanto de carácter extraordinario como ordinario serán según operen en todo momento o bien bajo los estados de excepción constitucional, o provenir del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos o condiciones materiales o físicas, o consagradas en el ordenamiento jurídico positivo, siempre con sustento constitucional. Añadir que, a pesar de que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas es necesario cumplir con determinadas condiciones al amparo de los estándares jurídicos del Derecho Internacional, los derechos humanos y el Derecho Constitucional,

respetando en todo momento las limitaciones el contenido esencial del derecho, siendo justificada y proporcionales.

2.3.3. Colisión derecho a la libertad religiosa vs integridad física

En ocasiones derechos como la libertad religiosa, colisionan con derechos fundamentales, como por ejemplo el de integridad física, y ante esta colisión el ordenamiento jurídico lo que busca es lograr la garantía de los derechos y de las libertades. Cuando el ejercicio de la libertad religiosa colisiona con otros bienes jurídicos, se trata de ponderar los intereses para cada caso en particular. En el ámbito de la integridad física, la autonomía de la voluntad es de vital importancia, dado que la persona es quién debe tomar decisiones acerca de su propia vida e integridad, decisión que por otro lado puede llegar a alcanzar a otros bienes propios de la persona, de ahí que la autonomía implique en este contexto, una esfera que se reserva a la voluntad del individuo (Alventosa, 2015, p.266).

Cabe señalar que cada persona es la única que se legitima para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, con relación a su vida e integridad física (Alventosa, 2015, p.266).

Sin embargo, en el caso de los menores de edad, las decisiones involucran, siguiendo lo dispuesto por Alventosa (2015, p.266): “al propio menor, así como también a sus familias y al tutor o equipo médico responsable de su atención, por lo tanto se cruzan varios intereses, por un lado el derecho a la salud y a la intimidad del propio menor”, siguiendo lo dispuesto por Triviño (2010, p.5): “la potestad de las familias y, en su caso, de los tutores de velar por el bienestar tanto físico como moral, de aquel, y por último la responsabilidad del médico de salvaguardar la salud del menor”.

Este hecho, lo señala el TC en STC 19/2023, de 22 de marzo, al afirmar que: “la respuesta constitucional a la situación crítica resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de sus creencias religiosa, solo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso”.

Así, tal juicio debe establecerse el alcance que ostenta un derecho, el cual no es ilimitado ni tampoco absoluto, y ello, en base a la incidencia que el ejercicio puede tener sobre otros

titulares de derechos y bienes que se encuentran protegidos por la CE y sobre los elementos que forman parte del orden público protegido por la Ley, conforme a lo que recoge el art. 16.1 CE y en STC 154/2002, de 18 de julio, FJº 7.

A la hora de llevar a cabo el enfoque de posibles conflictos en tanto supuestos de límite al derecho de libertad religiosa, primero se debe constatar que se trate de un ejercicio real de libertad religiosa, es decir, que la actuación de la persona es libre y que en todo caso responda a convicciones de tipo religioso, ideológico o de conciencia, dado que en caso de tratarse de otros supuestos, no se estaría ante el derecho que ampara el art. 16.1 de la CE (Combalía, 2016, p.292 y Castillo, 2018, p.10).

Queda patente por lo tanto, que a la hora de evaluar las manifestaciones que lesionan bienes jurídicos protegidos, se hará ponderando que todo aquello que venga a limitar un derecho fundamental deberá brindar seguridad sobre el hecho de que las medidas que vengan a limitar los derechos, resultan vitales y necesarias para lograr el fin perseguido, y siempre en atención a un criterio de proporcionalidad que se aplicará entre el sacrificio del derecho y de la situación/s en las que se encuentre el sujeto al que se le impone la limitación, y respetando siempre el contenido esencial del derecho.

Todo lo anterior, porque la colisión guarda relación en no pocas ocasiones con el hecho de que algunas confesiones religiosas afectan con sus prácticas a la salud, por ejemplo, el caso de la MGF.

Por lo tanto, se contemplarían como una serie de límites impuestos al ejercicio de la libertad religiosa (art 3.1), dado que los límites a este derecho se encuentran en el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales del resto, así como en la seguridad, el orden, así como la salud, y también la moral pública, elementos todos ellos esenciales que vienen a constituir el concepto de orden público que se protege por la Ley.

En referencia a la salud, existe una posible doble interpretación sobre el límite al derecho a la libertad religiosa.

En primer lugar, en cuanto principio rector de la política social y económica, que es donde lo sitúa la CE (art. 43), no suponiendo por lo tanto un verdadero derecho subjetivo.

Pero, siguiendo a González del Valle (1988, p.83):

la salud a pesar de no ser un derecho fundamental según lo dispuesto por la CE puede llegar a constituir un límite a un verdadero derecho fundamental, y ello, al considerar la salud como un aspecto de la integridad física y moral que se contempla en el art. 15 de la CE que sí que podría constituirse en límite del derecho de libertad religiosa.

Así, para el caso de la MGF así como ocurre en casos como los de los Testigos de Jehová, que se niegan amparados en la religión a recibir transfusiones de sangre necesarias para evitar la muerte (Besio y Besio, 2006), la jurisprudencia al respecto, se muestra partidaria a la primacía del derecho a la vida y salud, aunque bien es cierto que, si se habla de objeción de conciencia, el derecho comparado y parte de la doctrina española, es más posibilista al respecto, dado que si el derecho a la vida es lo primero en el plano ontológico, puede que no lo sea cuando entra en colisión con la libertad religiosa (Tarinas, 2020).

Esta colisión, viene a significar que existe una tensa y delgada línea entre los diferentes derechos y libertades, convirtiéndose en un terreno sumamente peligroso, donde los juristas han de moverse con cautela, y ello, tras atender al hecho de que resulta difícil precisar siguiendo a Combalía (2016), si se está ante el ejercicio de un derecho fundamental que merece especial protección por parte del ordenamiento jurídico, o más bien ante un uso abusivo del mismo susceptible de represión jurídica. A continuación, se traerá a colación doctrina constitucional sobre la libertad religiosa y las prácticas religiosas y se comentará la STS 939/2013 y también la STS 7827/2012.

2.4. Jurisprudencia española sobre la colisión de estos derechos

2.4.1. Doctrina constitucional sobre la libertad y prácticas religiosas

En la actualidad, aún no se ha logrado consenso absoluto por parte de la doctrina del TC, sobre los límites del derecho a la libertad religiosa, aunque bien es cierto, gran parte de los profesionales del ámbito jurídico, coinciden en el hecho de que son varios los principios constitucionales que se ven implicados, tales como: la igualdad y no discriminación, así como la confesionalidad o la cooperación entre otros.

Los citados principios ostentan funciones de integración, mostrándose como expresiones constitucionales, que lo que hacen es dotar al sistema de una cierta unidad en lo que se refiere a materia religiosa, y, por otro lado, también cumplen funciones de interpretación, por lo la STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1º viene a establecer que estos principios que se acaban de mencionar cumplen dichas funciones, lo que permite concretar y delimitar, la configuración de estos derechos.

De otro lado, el TC viene a afirmar que dentro de los elementos básicos, el principio de libertad religiosa es uno de ellos, tal y como se observa en STC 24/1982, de 13 de mayo, esto viene a significar que, se reconoce de forma plena la protección que se otorga al derecho a la libertad religiosa, tanto en el plano individual como en el colectivo; y también, el compromiso por parte del Estado a tutelar y no injerir en el ámbito religioso, todo lo cual supone la adopción de actitudes promocionales del derecho a la libertad religiosa, todo ello, conectado con lo dispuesto en el art. 9.2 de la CE. Por último, la neutralidad, lo que supone que el Estado debe mantener la aconfesionalidad como principio que guía el Estado ante las diferentes confesiones y religiones, y ello, en virtud de lo señalado en STC 1/1981, de 26 de enero, en la cual se precisa que, el Poder Público en todo momento debe de actuar bajo el manto de la neutralidad, dado que el ordenamiento jurídico español, se fundamenta en el pluralismo, así como la libertad religiosa de los sujetos y también de las comunidades religiosas y valga la redundancia, la aconfesionalidad del Estado.

Otra Sentencia la STC 21 de febrero 1986, FJº 1, procede a distinguir entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad ideológica, haciendo especial hincapié en las relaciones existentes entre creencias y confesiones. Es por ello, por lo que viene a afirmar que el 16.3 CE, precisa que ningún tipo de confesión religiosa puede tener un carácter estatal, de

modo que el Poder Público no puede intervenir en las diferentes creencias religiosas, todo lo cual pone de manifiesto, la relación causal que existe entre la creencia y la confesión. Queda patente así que, como derecho fundamental, la libertad religiosa se reconoce en el 16 CE, desarrollándose a través de “LO 7/1980 de 5 julio de libertad religiosa”.

Cabe considerar sobre la libertad religiosa que comporta siguiendo lo dispuesto en STC 101/2004, de 2 junio, FJº 3: “una doble exigencia, a la que se refiere el art. 16.3 CE: la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias”.

La libertad religiosa, desde un punto de vista subjetivo, tiene lo que se podría considerar como doble dimensión, a nivel interno y a nivel externo. Así, la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJª 9, precisa que:

la libertad religiosa viene a garantizar la existencia de un claustro íntimo de creencias, y por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual, y junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de “agere licere” que facultad a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (STC 19/1985, de 13 febrero, FJ1 2, STC 120/1990, de 27 junio, FJº 10 y STC 137/1990, de 19 de julio, FJº 8).

Por tanto, la dimensión externa de esta libertad religiosa, viene a mostrarse como el reconocimiento de que es posible ejercitarla como un derecho, resultando como se ha señalado anteriormente inmune a la coacción que pueda poner el Poder Público, sobre las acciones y actividades que vienen a constituir una expresión o manifestación de la religión, tal y como se recoge en STC 46/2001, de 15 de febrero, y en relación con el art. 2.2 de la “LO 7/1980, de libertad religiosa”, que se refieren entre otros actividades, a al culto, enseñanzas religiosas, reunión o manifestación pública con fin religioso, y asociación para desarrollar a nivel comunitario estas actividades.

Además, en STC 34/2011, de 28 de marzo, FJº 4 se ratifica que, en el sistema jurídico español, que toma como base el pluralismo, así como también la libertad ideológica y religiosa de los sujetos y la aconfesionalidad del Estado, el Poder Público debe de ser neutral.

Por otro lado, en STC 101/2004, se reconoce el “principio de libertad religiosa” en tanto derecho de los sujetos a poder actuar con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales, de forma que el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos en calidad de sujeto de actos o actitudes de signo religioso, y el principio de igualdad, que es consecuencia de principio de libertad en dicha materia, lo cual significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico.

En definitiva, la doctrina avala el hecho de que la libertad religiosa es ante todo un derecho individual frente a los poderes públicos y frente a la sociedad; pertenece a la esfera de la intimidad personal y se protege frente a toda discriminación de carácter religioso. De lo que se infiere que este derecho implica la ausencia de consecuencia legal alguna frente el hecho de creer y practicar una determinada religión (Escobar Marín, 2006).

Así, el modelo seguido por la CE se regula en los arts. 9.2, 16.3 y 27.3 y 27.9, es el de neutralidad pluralista o abierta que permite al Estado un fomento de las actividades de los particulares dentro del respeto al pluralismo y a la separación entre las funciones estatales y religiosas (Carazo Liébana, 2011).

2.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS 939/2013

La STS 939/2013 de 16 de diciembre, aborda un caso sumamente delicado, el cual guarda relación con la MGF, en concreto la ablación del clítoris a una niña en Senegal, antes de llegar a España para reunirse con su familia. En la Sentencia se hace mención de las lesiones graves provocadas en la niña senegalesa fruto de la ablación del clítoris atribuida a la madre y ello, en relación con el artículo 149.2 Código Penal (CP en adelante): mutilación genital, así como el derecho a la presunción de inocencia: ausencia de pruebas fiables y error de prohibición.

La madre de la niña fue condenada por la Audiencia Nacional, como autora de un delito de

lesiones que como se acaba de señalar se encuadra en el CP concretamente en el art. 149.2 como un tipo de mutilación genital femenina (MGF en adelante) apreciándose un “error de prohibición vencible” del 14.3 CP, por lo que es condenada a 2 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena. Los FJº que se alegaron fueron: por un lado la subsunción del delito del art. 149.2, en el FJº 1, teniendo en consideración una serie de pruebas practicadas, tales como: la declaración de la madre (como acusada), la cual insinuó que cuando se encontraba viviendo en Senegal y fruto de motivos relacionados con su trabajo, tuvo que dejar a su hija con su abuela en una aldea, ignorando que pudiera serle practicada la MGF y que no fue hasta que tuvo lugar la exploración de la niña cuando fue consciente del hecho producido; además se presenta la testifical del enfermero, el cuál afirmó cuando se exploró a la niña, el padre y madre de la menor no se sorprendieron al comunicarles la noticia de la MGF, incluso el padre de la pequeña indico que tenía su mujer practicada la ablación, también se presentó parte médico dando fe de la lesión provocada en la niña, indicando que tenía mucho tiempo y que no había sido realizada por profesional de la medicina.

Por otro lado, con respecto a la autoría del delito, el FJº 2, establece el tipo penal (MGF), considera la edad de la menor víctima, 3 años, y el nexo que existía entre la víctima y la acusada (hija y madre), lo que hizo no dudar sobre la autora material, según lo recogido en los arts. 28 y 29 del CP; ni tampoco la duda de estar ante una “comisión por omisión” del 149.2 CP respecto al 11 CP. Por otro lado, respecto a la culpa de la acusada, se precisa la existencia de “error de prohibición” del 14.3 CP, FJº 3, dado que la madre de la menor no conocía que estaba cometiendo un acto ilícito ni tampoco ilegal, al desconocer que no estaba permitida en España, por lo que, sirvió de prueba el testimonio de que la madre de la menor actuó con total normalidad, y no se mostraba nerviosa ante la lesión provocada en la menor. Así, respecto a la calificación del error, cabe señalar que tuvo lugar fruto de valoraciones previas que se realizaron atendiendo tanto a factores de índole psicológica como cultural de madre e hija, y tras prestar especial atención a los baremos de posibilidades de los que disponía la madre de la menor para poder acceder a medios y conocer que el hecho cometido y la actuación iban en contra del marco jurídico español. Es de interés a tal respecto el hecho de que el padre de la niña residía en España desde hace 10 años, por lo que este debería haber informado a su mujer de la prohibición de dichas prácticas, previendo atenuar la pena en dos grados.

La sentencia fue recurrida en casación, y en STS 939/2013, fallo lo que se indica a continuación: se consideró la posibilidad de casación y la anulación de la Sentencia de la

Audiencia, buscando de este modo la absolución de la madre de la menor del delito por el cual se la acuso, y ello, en base a lo que se indica a continuación:

En el FJº 1, la casación indicó que se vulneraba el “derecho a la presunción de inocencia” del 24.2 CE, al no existir pruebas de cargo mínimas que permitieran desvirtuar el citado derecho, dado que solo se consideró el testimonio del enfermero. En este sentido de las pruebas presentadas a efectos de culpabilidad solo existía la declaración de la madre acusada y la del enfermero. Por otro lado, el TS consideró que la fundamentación de la Audiencia respecto a la autora de los hechos y el conocer la ilicitud del hecho que resultaba incierta, además el informe del Ministerio era bastante breve al basarse en una única prueba incriminatoria, es decir, nuevamente el testimonio del enfermero. De otro lado, respecto a la conducta omisiva, igualmente se encontraba desvirtuada al considerar que la madre de la menor vino a trasladar la custodia de su hija a su madre (abuela), y por lo tanto no podía prever que su abuela fuera a causar algún tipo de daño. En este sentido no se puede atribuir culpa por el hecho de que su marido, el padre de la menor, se encontrase residiendo en España desde 10 años atrás y no le comunicase que la práctica de la MGF era ilícita, porque de ser así, debería resultar también responsable, y ello si se atiende a las obligaciones que de derivan de la “patria potestad”, y en esta ocasión el padre consiguió la absolución.

Por otro lado, respecto al motivo de casación del FJº 2, vulnerar el art. 11 del CP, y respecto al art. 149.2 del CP, considera que la madre de la menor no tenía consciencia en momento alguno consintió realizar la práctica realizada a la menor. En este sentido, tampoco se le puede imputar un deber jurídico dado que no tenía consciencia del riesgo que podía padecer la niña al dejarla con su abuela. Por ello, la madre tampoco puede ser culpada por los deberes que se derivan de la patria potestad, porque de ser así, el marido igualmente sería responsable, y se incurriría en la vulneración del 14 de la CE que se refiere a la igualdad.

En el FJº 3, es el último motivo de casación incluido, hacía referencia a la aplicación indebida del 14.3.2 del CP. En este sentido, el Tribunal consideró que la Audiencia no acreditó de forma debida, que fuera posible que la madre de la niña en tanto acusada pudiera tener acceso a la información para evitar la práctica de la MGF, y en consecuencia se habla de un error de prohibición invencible. Aun así, la STS 939/2012, indica que:

de existir un error, sería invencible, al considerar falta de acreditación en cuanto a la accesibilidad de la acusada a medios de información para conocer la ilicitud de la MGF y así evitar el resultado considerando el lugar en que vivía en Senegal.

En esta ocasión, es de especial interés el voto particular del Magistrado Marchena, el que ofrece una perspectiva adicional sobre el caso y las razones tras la decisión de revocar la condena. Por lo tanto, este voto consideró innecesario plantear un posible error tras descartarse la autoría, por no poderse cuestionar la culpa de alguien si no se la considera autora del hecho que se imputa. Pero, en caso de considerarse el error, se comparte lo señalado por la Audiencia, por entender que, el no poder acceder a medios de información, no tiene acreditación, y ello, en base los textos del orden internacional suscritos por Senegal, y que se relacionan con el evitar las MGF, por lo que no se consideran de más interés el contexto personal de la acusada con respecto al hecho de poder acceder la información.

En la Sentencia se revoca la condena impuesta a la madre de la niña por el Tribunal, declarando la Sentencia la presunción de inocencia y la vulneración de este principio en el proceso judicial.

STS 7827/2012

En la citada Sentencia, que rechaza un recurso de casación interpuesto tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, se menciona una MGF, practicada a una niña menor de edad por parte de sus padres, procedentes de Gambia. Su padre vivía en España desde hace 10 años, momento en que insto la reagrupación familiar y empezaron a vivir en España su mujer e hija desde el año 2009, momento desde el cuál no volvieron a viajar fuera de España. En el mes de noviembre del año 2009, a la menor se le practicó una revisión, al cumplir los 6 meses desde que nació donde el pediatra recogió informó que no presentaba sospecha ni indició de ablación. Con posterioridad, en mayo del año 2010, la pediatra constata un presunto ilícito relativo a MGF.

El Tribunal de la AP planteó que la MGF se pudo producir antes de que la menor entrase a España como indica el padre de la menor, no pudiendo corroborarse, dado que las pruebas facultativas no fueron concluyentes. El examen llevado a cabo por la médico en noviembre del

año 2009 fue minucioso, y se detalló que no había signos de MGF, siendo incuestionable tal hecho. Respecto al segundo examen, se evidenció la práctica de la MGF, haciendo el Tribunal recaer la responsabilidad sobre los padres, quienes habrían practicado la MGF, entre los 6 a 12 meses de edad de la menor, bien de forma directa o a mediante un desconocido, pero ayudando ellos a la consecución, como se recoge en el FJº 1 de la citada Sentencia. Las causas de exención de la culpabilidad invocadas por la defensa incluían una modificación del discernimiento del art. 20.3 del CP; así como también la circunstancia de miedo insuperable, del art. 20.6 del CP; por otro lado, también un estado de necesidad, del art. 20.5 del CP y el error de prohibición del art. 14.3 del CP.

Respecto a las tres primeras causas de exención, cabe señalar que la única máxima era el pertenecer los padres de la menor a una cultura imperante, que defendía ciertas prácticas imperantes, no ligando dicho factor con los precedentes eximentes, lo que hizo que la AP de Teruel dispusiese que este único factor que no tenía ningún tipo de relación causal no fuera suficiente para poder dar lugar a la pretensión de la defensa. De forma adicional, el artículo 3.2 de la “LO 4/2000 de 11 de enero, sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España” con la modificación realizada por “LO 2/2009, de 11 de diciembre”, al amparo de la cual, viene a dictaminarse que los derechos de los extranjeros deben interpretarse al amparo de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y los Tratados y acuerdos ratificados por España, sin perjuicio de lo que se pudiera alegar fruto de una creencia religiosa o convicción ideológica o cultural diversa, con el fin de justificar el llevar a cabo actos o conductas contrarias a las mismas.

De otro lado, vuelve a recordar que el perpetuar determinadas acciones llevadas a cabo a la práctica, no otorga en Europa una justificación al momento de ser castigadas, y ello, al amparo de la “LO 3/2005, de 8 de julio que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial”. De otro lado, respecto a la posición de los padres, el padre de la menor conocía la prohibición de practicar MGF en territorio español, y por ello, la Audiencia tomando en consideración jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al error de prohibición señaló, que quedaba excluido el error en caso de que el sujeto tuviese conciencia de la antijuricidad de lo que resulta proceder de forma contraria al derecho como se recoge en STS 1171/1997, de 29 de septiembre, siendo tan solo necesario el tener consciencia de que era más que probable que era una conducta antijurídica, no resultando necesario que tuviese una completa seguridad que se actuaba de forma no correcta, como se recoge en STS de 16 de marzo de 1994.

En base a tales hechos, no se podría exigir que el padre de la menor conociese de un modo más o menos preciso, los mandatos que prevé la ley, de modo que tan sólo resultaba necesario el conocer la materia, como se indica en la SAP Teruel 26/2011, de 15 de noviembre, FJº 2.

Es por ello, por lo que finalmente se concluye que, ni puede estimarse que exista un error por parte del padre de la menor afectada.

Es algo más distinto el caso de la madre de la menor, sobre quién si se considera existe un error de prohibición de tipo vencible, indicando a tal respecto el Tribunal, que la madre de la menor había llegado a territorio español, tan sólo unos pocos meses antes de los hechos ocurridos, por lo que, no conocía el idioma, tampoco estaba integrada en la comunidad, ni existía evidencia de que pudiera conocer que la práctica de la MGF era antijurídica y más considerando que el lugar del que procedía y el círculo que rodeaba a la misma, el más cercano, estaba formado por sujetos de igual nacionalidad.

Pero, con el fin de llegar a fijar si el error es vencible o invencible, y en virtud de la jurisprudencia del TS, debe atenderse a la condición psicología, así como también cultural e incluso la posibilidad de instruir a la misma, asesorarla o bien la posibilidad de acudir a medios que la permitiesen ser informada de la trascendencia antijurídica del tipo.

Por lo tanto, en esta ocasión, la madre de la menor, se considera que pudo ser informada por su marido, para que la informase sobre la ilicitud o no de la MGF, considerando, por lo tanto, la existencia de un error de prohibición vencible.

Finalmente, tanto el padre como la madre fueron condenados por un delito de MGF del art. 149.2 del CP. El padre de la menor obtuvo una condena de 6 años de prisión y la madre de la menor de 2 años de prisión, tras considerar existencia del error de prohibición vencible que permitió disminuir la pena en dos grados. De manera adicional, los padres de la menor buscaron recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en Sentencia 7827/2012, de 31 de octubre, ratificando la Sentencia del Tribunal a quo.

A destacar el JFº 2, donde los padres de la menor, como recurrentes alegaron que se había producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia y también al principio in dubio pro-reo, considerando que las únicas pruebas bajo las cuales se les condenaron eran documentos y médicos que se presentaron como testigos tras realizar el examen físico de la

niña. El Tribunal considera que los hechos guardan relación con las pruebas que realizaron los médicos, que fueron debidamente presentadas y con argumentos suficientes. De otro lado, respecto al principio de favorecer a los padres de la menor como acusados, el Tribunal recapitulo que no podía alcanzarse con juicio de certeza la condena más allá de la duda razonable, por lo que se debería optar por la absolución o el mayor beneficio al imputado.

Por lo tanto, la Sala considera que la Audiencia Provincial de Teruel no tuvo duda alguna y fue rotunda en cuanto a la contundencia de la información incriminatoria que se valoró, tal y como se recoge en STS 7827/2012, de 31 de octubre, FJº 2.

En el FJº 3, se denunció que no se aplicó el error de prohibición en el padre de la menor, un hecho de interés, sobre todo si se tiene en consideración, que se relaciona con el error de prohibición fruto de factores de tipo cultural, dado que, la MGF es una práctica propia del país de origen del padre. Aun así, dicha circunstancia no puede servir de excusa a la hora de elaborar una teoría del “error de prohibición” que se funda en factores de tipo cultural y a los que pertenece el padre de la menor, dado que el respeto a las tradiciones y a las diferentes culturas siempre tendrá como límite infranqueable el respetar los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador a exigir en todas las culturas, tradiciones y religiones. En definitiva, la ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina.

Es importante destacar en la STS el rechazo de la idea de que la ablación del clítoris sea una práctica cultural aceptable, argumento fundamental del Tribunal Supremo. La sentencia recalca que la ablación del clítoris no puede ser considerada simplemente como una costumbre cultural inofensiva, sino como una forma extrema de mutilación y discriminación femenina. Esta afirmación se basa en el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, especialmente el derecho a la integridad física.

La cita de la legislación española (L.O. 3/2005 de 8 de Julio) que califica la mutilación genital femenina como un grave atentado contra los derechos humanos refuerza este punto. En España, como en muchos otros países, la mutilación genital femenina está prohibida y es penalizada debido a su naturaleza intrínsecamente perjudicial para las mujeres y las niñas. La legislación reconoce que esta práctica constituye una violación de los derechos fundamentales y una forma de violencia de género.

Al destacar la ilegalidad y la gravedad de la mutilación genital femenina según la legislación

española, la sentencia refuerza su argumento de que esta práctica no puede justificarse ni excusarse como una simple expresión cultural. En lugar de ello, se presenta como una violación flagrante de los derechos humanos y un acto de discriminación de género que debe ser condenado y prohibido en todas sus formas.

En resumen, ambas sentencias del Tribunal Supremo rechazan la noción de que la ablación del clítoris sea una práctica cultural aceptable al subrayar su carácter como forma de mutilación y discriminación femenina. Se apoyan en la legislación española que considera la mutilación genital femenina como un grave atentado contra los derechos fundamentales para respaldar esta postura y reafirmar la necesidad de prohibir y condenar esta práctica enérgicamente.

3. CONCLUSIONES

El conflicto entre la libertad religiosa y la integridad física en el caso de la MGF es un tema de notoria complejidad que requiere de un análisis, donde tenga lugar una consideración cuidadosa de los derechos fundamentales que se encuentran en juego. La libertad religiosa es un derecho fundamental que permite a los sujetos profesar y practicar su fe de forma libre y sin coerción alguna. Sin embargo, este derecho no es absoluto y puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, como es el derecho a la integridad física, que busca la protección del cuerpo y la salud de las personas, para que no puedan ser sometidas a tortura ni tratos inhumanos.

La MGF, cómo se ha podido ver, es una práctica dañina e injustificable que viola los derechos fundamentales de niñas, menoscabando su derecho a la integridad física y a la salud, y ello porque en algunos casos se justifica esta práctica en base a razones religiosas, pero, nada más alejado de la realidad, la MGF no es requisito esencial de ningún tipo de religión, y por eso, en la gran mayoría de las ocasiones se rechaza dicha práctica.

Con la realización de este trabajo, se ha llevado a cabo un análisis sobre los conceptos que guardan relación con la colisión existente entre el derecho a libertad religiosa y la integridad física en el contexto de prácticas como la MGF. También, se arroja luz sobre la compleja situación que ocasiona la colisión entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física, ambos derechos reconocidos fundamentales en nuestra Constitución. Se evidencia la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de la libertad religiosa y la salvaguarda de otros derechos fundamentales, sobre todo en situaciones en las cuáles las prácticas religiosas pueden provocar riesgo a la salud y bienestar de las personas, tanto a nivel físico como psicológico, lo que ocurre con la MGF en mujeres y niñas.

Igualmente, se ha destacado la importancia de aplicar criterios de proporcionalidad y ponderación a la hora de resolver los conflictos entre la libertad religiosa y la integridad física de las personas, reconociendo en este sentido que, ningún derecho es absoluto y que por lo tanto es necesario lograr encontrar soluciones que permitan reconciliar los diferentes intereses que se encuentran en juego. Asimismo, se ha recalcado la necesidad y también la relevancia que ostenta la educación y el lograr sensibilizar a las personas, con el fin de llevar a cabo la promoción del respeto a los derechos humanos, fomentando diálogos interculturales y

religiosos que contribuyan a construir una sociedad más inclusiva y respetuosa con la diversidad, y sobre todo con los derechos de los grupos más vulnerables, como es el caso de las niñas o mujeres jóvenes. Con este trabajo, se contribuye a ampliar el conocimiento sobre una cuestión de especial relevancia en el seno de los derechos fundamentales y también del ámbito constitucional, ofreciendo una visión integral e invitando a la reflexión sobre la forma en la que poder abordar estos conflictos entre la libertad religiosa y la integridad física en un contexto de respeto a la dignidad humana y a la igualdad de todos los sujetos, con independencia de sus creencias religiosas.

De cara al futuro, y tomando como base este trabajo, resultaría de interés plantear como futuras líneas de investigación, llevar a cabo un análisis comparativo de la forma en la que diferentes Estados abordan el conflicto entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales como la integridad física, especialmente para casos de prácticas como la MGF, lo que facilitaría brindar un enfoque más efectivo y la mejora de las prácticas de protección de los derechos humanos para contextos culturales y jurídicos diversos.

De otro lado, sería interesante analizar el impacto de la normativa y legislación al respecto, así como las políticas de prevención y erradicación de prácticas que violan la integridad física en nombre de la religión o tradición cultural. Así, se podría incluir una evaluación sobre la eficacia de la normativa y sobre los programas que se llevan a cabo para reducir la incidencia de la MGF.

En esta mismas línea, se podrían incluir análisis que permitan indagar sobre las diferentes prácticas religiosas y culturales que afectan a la integridad física de las mujeres y niñas y que, finalmente, guardan relación con la discriminación de género y la violación de los derechos humanos, incluyendo un análisis de poder y de relaciones de género en diferentes comunidades donde estas prácticas resultan comunes y facilitar estrategias que permitan su erradicación completa y la promoción de la igualdad de género. Incluir estudios que evalúen la eficacia de programas y campañas educativas de sensibilización para cambiar actitudes y comportamientos que guardan relación con la práctica de la MGF, mostrando estudios e investigaciones sobre la percepción de la religión y la cultura en relación con la integridad física y el respeto de los derechos humanos, también es de interés.

Todo lo anterior, para lograr contribuir a la mejora del conocimiento y entendimiento del conflicto existente entre la libertad religiosa y la integridad física en el caso de la MGF, para

llegar a encontrar soluciones que garanticen el respeto a todos los derechos fundamentales de forma debida. Espero que este trabajo contribuya a promover el diálogo y la acción en la protección de los derechos humanos, impulsando así un futuro más inclusivo y respetuoso para todos.

BIBLIOGRAFÍA

- Adam-Muñoz, M.D. (2003). *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Alventosa Del Río, J. (2015). *Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España*. *Revista Boliviana de Derecho* 20, 266.
- Aparicio-Pérez, M.A., Barceló i Serramalera, M. (2016). *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.
- Bernal Ballesteros, María José. (2019). *La función policial desde la perspectiva de los derechos humanos y la ética pública*. *Revista IUS*, 13(44), 251-280. Epub 01 de julio de 2019. <https://doi.org/10.35487/rius.v13i44.2019.441>
- Besio, R., M., y Besio, H.F. (2006). *Testigos de Jehová y transfusión sanguínea. Reflexión desde una ética natural*. *Rev chil Obstet Gineco* 71(4), 274-279. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262006000400010>
- Castañeda, J.C. (2003). *Fronteras del placer; fronteras de la culpa. A propósito de la mutilación femenina en Egipto*. México. Primera edición.
- Colell, E. (febrero 6, 2023). Se duplican los casos de mutilación genital infantil detectados por los Mossos. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20230206/mutilacion-genital-menores-catalunya-duplica-casos-detectados-82577429>
- Combalía, S.Z. (2018). *Libertad de expresión y religión: modelos de derecho comparado*. *Anuario de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 6/1(, 199-216.
- Caraza-Liébana, M.J. (2011). *El derecho a la libertad religiosa como derecho fundamental*. *Universitas*. *Revista de Filosofía, Derecho y Política* 14, 43-74.
- Escobar Marín, J.A. (2006). *El derecho de la libertad religiosa y sus límites jurídicos*. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XXXIX, 13-100.
- Falcão, R. (2017). “*Historicity of FGM/C and Anti-FGM/C Agendas*”. En: Kaplan, A. & Nuño, L. (2017). *Multisectoral Academic Training Guide on Female Genital Mutilation/Cutting*. Dykinson.

- Falcão, R. (2017). "How FGM/C is addressed in the media: Hegemonic stories, perspectives, frameworks of meaning, and dominant imagery regarding FGM/C". En: Kaplan, A. & Nuño, L. (2017). *Multisectoral Academic Training Guide on female Genital Mutilation/Cutting*. Dyckinson.
- Garcés, M. (febrero 6, 2024). *Siglo XXI y la mutilación genital femenina continua vigente*. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/siglo-xxi-y-la-mutilacion-genital-femenina-continua-vigente/>
- García, C.J. (2017). *El derecho a no ser torturado*. Universitas, 25, 12-53.
- GIPE/PTP (2010). *Mutilación genital femenina. Manual para Profesionales*.
- González del Valle, J.M. (1988). *La libertad religiosa y el objeto del Derecho Eclesiástico. Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos* 18, 83-98.
- Iglesias Carballo, F.J. (2002). *Análisis jurisprudencial del artículo 15 de la Constitución Española*. Universidad europea.
- Kaplan, A. (1998). *De Senegambia a Cataluña: Procesos de aculturación e integración social* (1.ª ed.). Barcelona: Fundación "la Caixa".
- Kaplan, A.; Forbes, M.; Bonhoure, I.; Utzet, M.; Martín, M.; Manneh, M.; Ceesay, H. (2013). "Female Genital Mutilation/Cutting (FGM/C) in The Gambia: long-term health consequences and complications during delivery and for the newborn". En: *International Journal of Women's Health*, 5, pp. 323-331. https://mgf.uab.cat/eng/scientific_publications/fgm_c_health_aspects_2011.pdf?iframe=true&width=100%25&height=100%25
- Leye, E. (2017). "The consequences of FGM/C". En: Kaplan, A. & Nuño, L. (2017). *Multisectoral academic training guide on female genital mutilation/cutting*. Dyckinson.
- López-Castillo, A. (2001). *Libertad de conciencia y de religión*. *Revista Española de Derecho Constitucional* 21(63), 11-42.
- López-Castillo, A. (2018). *Artículo 16 CE: Aconfesionalidad del Estado y cooperación con las confesiones religiosas*. *Diario La Ley*, 9316.

- Marchal, E. N. (2011). *Mutilación genital femenina y violencia de género*. En F. J. García Castaño y N. Kressova. (Coords.). Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía (pp. 2179-2190). Instituto de Migraciones Granada. ISBN: 978-84-921390-3-3.
- Mossos d'Esquadra (2021). *Visor de datos sobre mutilación genital femenina*. https://mossos.gencat.cat/ca/els_mossos_desquadra/indicadors_i_qualitat/dades_obertes/Visors_altres_dades/Visor-de-dades-sobre-Mutilacio-genital-femenina/
- OMS (febrero 3, 2020). Mutilación genital femenina. <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/female-genital-mutilation>
- Ontiveros, E. (febrero 6, 2019). *Mutilación genital femenina: qué es y en qué países se practica*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47133238>
- Pascual Medrano, A. (2018). *La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 47-72. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.02>
- Pérez, R. (1993). *Los límites de los derechos fundamentales*. CEC.
- Pekarsky, A.R. (2022). *Ablación genital femenina*. Manual MSD.
- Polo Sabau, J.R. (2004). *STC 101/2004, de 2 de junio* (Participación de la policía en actos religiosos). V.Lex.
- Ruiz, A.M. (1992). *Autonomía individual y derecho a la propia vida*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 70-81.
- Save The Children (2022). *Más de 3600 niñas en España están en riesgo de sufrir mutilación genital femenina*. <https://www.savethechildren.es/notasprensa/mas-de-3600-ninas-en-espana-estan-en-riesgo-de-sufrir-mutilacion-genital-femenina>
- Tarinas (enero 20, 2020). *Derecho a la vida vs Derecho a la libertad religiosa*. <https://tarinas.com/derecho-a-la-vida-vs-derecho-a-la-libertad-religiosa/>
- Triviño, R. (2010). *Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002 de 28 julio 2002*. InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 5.