



**TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
CURSO 2015/2016
CONVOCATORIA JUNIO 2016**

TÍTULO:

Mutilación Genital Femenina realizada en el extranjero.

Comentario a la Sentencia 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

APELLIDOS/NOMBRE ESTUDIANTE:

SALUA YOUSSEF MÉNDEZ

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

ANTONIO CUERDA RIEZU

ESTRUCTURA

INTRODUCCIÓN: LA LEY PENAL ESPAÑOLA Y LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

LA SENTENCIA 9/2013 DE 4 DE ABRIL, DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- I. EL SUPUESTO DE HECHO**
- II. FUNDAMENTACIÓN DEL HECHO PROBADO**
 - 1. Pruebas practicadas
- III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DEL SUPUESTO**
 - 1. Autoría. Comisión por omisión
 - 2. Posición de garante
 - 3. Error de prohibición
- IV. FALLO**
- V. VALORACIÓN PERSONAL**

CONCLUSIONES FINALES Y REFLEXIONES PERSONALES

ANEXO I: RESPUESTA INTERNACIONAL A LA MUTILACION GENITAL FEMENINA

- I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**
- II. LEGISLACIÓN EUROPEA**
- III. LEGISLACIÓN EN ÁFRICA**

ANEXO II: LA LUCHA CONTRA LA MGF: CASO EGIPTO

- I. SITUACIÓN DE PARTIDA: EL ISLAM**
- II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EGIPTO**
- III. INSTRUMENTOS DE LUCHA**
- IV. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL**

ANEXO III: TABLAS Y FIGURAS

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN: LA LEY PENAL ESPAÑOLA Y LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA	7
LA SENTENCIA 9/2013 DE 4 DE ABRIL, DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL	13
I. EL SUPUESTO DE HECHO	13
II. FUNDAMENTACIÓN DEL HECHO PROBADO	14
1. Pruebas practicadas	14
III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DEL SUPUESTO	15
1. Autoría. Comisión por omisión	15
2. Posición de garante	17
3. Error de prohibición	22
IV. FALLO	25
V. VALORACIÓN PERSONAL	26
CONCLUSIONES FINALES Y REFLEXIONES PERSONALES	30
ANEXO I: RESPUESTA INTERNACIONAL A LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA	34
I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	34
II. LEGISLACIÓN EUROPEA	39
III. LEGISLACIÓN EN ÁFRICA	43
ANEXO II: LA LUCHA CONTRA LA MGF: CASO EGIPTO	45
I. SITUACIÓN DE PARTIDA: EL ISLAM	45
II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EGIPTO	47
III. INSTRUMENTOS DE LUCHA	49
IV. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL	51
ANEXO III: TABLAS Y FIGURAS	55
BIBLIOGRAFÍA	64

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

- TABLA 1: Legislación de la MGF en el África Subsahariana: 24 de los 29 países dónde la práctica está presente han emitido legislaciones específicas..... 55
- TABLA 2: Prevalencia de la Mutilación Genital Femenina en los Estados miembro de la UE..... 56
- TABLA 3: Medidas legislativas relativas a la Mutilación Genital Femenina 57
- TABLA 4: Mesas de prevención de la Mutilación Genital Femenina. 62

- FIGURA 1: Porcentaje de mujeres entre 15 y 49 años que han sufrido la MGF..... 62
- FIGURA 2: Mapa mental de la MGF..... 63
- FIGURA 3: Distribución territorial de la población femenina procedente de países donde se practica la Mutilación Genital Femenina 63

ABREVIATURAS

- **AN:** Audiencia Nacional
- **CC.AA:** Comunidades Autónomas
- **CdE:** Consejo de Europa
- **CE:** Constitución Española
- **CEDAW:** Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- **L.O.:** Ley Orgánica
- **LOPJ:** Ley Orgánica del Poder Judicial
- **MGF:** Mutilación Genital Femenina
- **MF:** Ministerio Fiscal
- **ONU:** Organización de Naciones Unidas
- **OMS:** Organización Mundial de la Salud
- **SAN:** Sentencia de la Audiencia Nacional
- **SNS:** Sistema Nacional de Salud
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TS:** Tribunal Supremo
- **UE:** Unión Europea
- **UNICEF:** Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
- **UNFPA:** Fondo de Población de Naciones Unidas

MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA REALIZADA EN EL EXTRANJERO

Comentario a la Sentencia 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Resumen

En este comentario a la Sentencia 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se aborda la problemática de penar, en territorio español, la MGF realizada en el extranjero. Se analizará, igualmente, la problemática en torno a la autoría de la acusada, el desvalor de la omisión y la posición de garante. Finalmente, se expone la valoración del supuesto de hecho enjuiciado por la Audiencia Nacional y se redactará una valoración personal al respecto. De modo complementario, analizaremos brevemente la respuesta internacional a la mutilación genital femenina e incluimos un caso de estudio: la lucha contra la mutilación genital femenina en Egipto.

Abstract

In the comment on the judgement 9/2013, 4th April Fourth Section of the Criminal court dependent from the National Court, we analyse the problematics related to the punishment, in Spanish territory, of a Genital Feminine Mutilation's case realized abroad. We will analyse equally, the problematics concerning the defendant's authorship, the omission and the Spanish legal figure of the "guarantor's position". Finally, a personal assessment concerning the fact judged by the National Court is exposed and we will show a personal point of view about the case under consideration. In a complementary way, we analyse briefly the international response to the Genital Feminine Mutilation and we include a case of study: the fight against Genital Feminine Mutilation in Egypt.

Résumé

Dans ce commentaire à la Sentence numéro 9/2013, du 4 avril, de la Quatrième Section de la Salle Pénal de l'Audience Nationale, la problématique abordée est la punition, sur territoire espagnol, d'un cas de mutilation génitale féminine réalisée à l'étranger. Également, on analysera la responsabilité pénale de l'accusée, la figure de l'omission et la figure juridique espagnole de la "position de garant". Finalement, on exposera l'évaluation des considérations de fait poursuivi par l'Audience Nationale et une évaluation personnelle sera rédigée à ce sujet. En outre, nous analyserons brièvement la réponse internationale à la mutilation génitale féminine et nous incluons un cas d'étude : la lutte contre la Mutilation Génitale Féminine en Égypte.

MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA REALIZADA EN EL EXTRANJERO

Comentario a la Sentencia 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

INTRODUCCIÓN: LA LEY PENAL ESPAÑOLA Y LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

Con el asentamiento de los extranjeros y el aumento de la inmigración en España, sobre todo a partir del año 2004, aparecen nuevas realidades y nuevas prácticas culturales. Un ejemplo de ello, es la mutilación genital femenina (MGF). Ante este nuevo contexto, lo que se busca entonces, es incorporar a la legislación española medidas para que el ordenamiento jurídico dé respuesta y luche contra estas prácticas nocivas, sin que puedan justificarse por razones religiosas o culturales.

Los bienes jurídicos que se pretenden proteger bajo la legislación sobre la MGF, se ven recogidos en los artículos 10¹ y 15² de la Constitución Española (CE); artículos que funcionan como marco legislativo general sobre el que se apoya la legislación específica de la mutilación genital femenina (MGF) y que se interpretan conforme a los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España en esta cuestión, así como la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor. En cuanto a la legislación específica, fue la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, la que modifica el Código Penal y tipifica el delito de MGF como delito de lesiones en el artículo 149.2³ del Código Penal. Sin embargo, aunque la MGF ya estaba regulada con anterioridad, en la legislación de entonces no se mencionaba expresamente la mutilación genital y eso generaba cierta flexibilidad a la hora de aplicar la pena pues se enjuiciaban los hechos en diferentes tipos de lesiones, en función de sus características y sus consecuencias. Con la reforma introducida por la L.O. 11/2003, se impide la impunidad de prácticas que no estén debidamente definidas y se permite castigar con igual pena los diversos tipos de mutilación genital, desde la extirpación del clítoris hasta la infibulación⁴. Por

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

² Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

³ Art. 149.2 CP: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de 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.”

⁴ En este sentido, adquiere vital importancia la redacción del art. 149.2 CP, en especial la expresión: “... una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones...”. Según la Organización Mundial de la Salud, la mutilación genital femenina comprende las lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos, así como a la resección parcial o total de los genitales externos femeninos, que se pueden agrupar en cuatro grados: a) Tipo I: La clitoridectomía (ablación) es la extirpación parcial o total del clítoris y, en casos muy infrecuentes, solo del prepucio. b) Tipo II: La escisión es la resección parcial o total del clítoris y los labios menores, con o sin extirpación de los labios mayores. Según el Parlamento Europeo, se estima que estos dos primeros grados ya representan alrededor del 85% de las mutilaciones genitales practicadas a mujeres. c) Tipo III: La infibulación (o circuncisión sudanesa o faraónica) es el estrechamiento de la abertura vaginal para crear

lo tanto, aunque esta reforma no supone ninguna novedad, es muy positiva en tanto muestra y hace explícita la gravedad de la lesión y tiene un efecto simbólico de cara a la prevención de esta práctica.

En el año 2005, se reforma el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ), que regula el principio de justicia universal, de cara a posibilitar la persecución del delito extraterritorialmente. Será la L.O. 3/2005, de 8 de julio, la que modifique la LOPJ en este sentido, de manera que España se compromete a prevenir, a perseguir y castigar a aquellos que lleven a cabo esta práctica fuera del territorio nacional, siempre que los responsables se encuentren en España. El objetivo de esta reforma no era sino el de terminar con los viajes y visitas a sus países de origen durante los cuales los padres ordenaban, consentían o realizaban la MGF a sus hijas menores. Con esta regulación, no cabe duda de la contundencia del Derecho Penal español frente a la lucha contra la MGF, reafirmando el principio impuesto en Naciones Unidas según el cual una costumbre, una tradición no puede ser invocada para amparar una grave lesión de derechos fundamentales. Además, con esta regulación también se dificulta alegar fácilmente un error de prohibición en el caso concreto, es decir, alegar que se desconocía la norma española. Concretamente, este es el contexto legal en el que se enmarca nuestro caso objeto de estudio. Entendemos, por tanto, que la Sentencia 9/2013 de la Audiencia Nacional (AN), toma como punto de referencia la legislación en vigor en el momento de comisión de los hechos. Los hechos se producen en agosto de 2010, momento en que estaba vigente la L.O. 6/1985 modificada por la L.O. 3/2005. Así, ambos progenitores residían en España y la MGF había sido realizada en el extranjero, de ahí su persecución por la legislación española. La SAN 9/2013 es, por tanto, la primera sentencia condenatoria por MGF que aplica la (antigua) L.O. 3/2005 condenando a la acusada como autora del delito de MGF, siendo decisivo, para la condena, el testimonio del enfermero en los términos que posteriormente analizaremos.

En el año 2007 se aprueba la L.O. 3/2007 para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, modificando con ella la Ley de Asilo, permitiendo ampliar los motivos para las mujeres que huyen de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por razón de género (citando expresamente como unos de los motivos, la MGF). Cabe mencionar que la inclusión de motivos de género y orientación sexual en la Ley de Asilo y de la Protección Subsidiaria ha supuesto en gran avance en este ámbito. Sin embargo, obstáculos como la falta de recursos para ejecutar la ley en su totalidad o las diferentes y restrictivas interpretaciones realizadas por los organismos correspondientes en la determinación del derecho de la persona solicitante en cada caso, han provocado la falta de sentencias que fallen positivamente y permitan luchar contra la MGF de manera eficiente.

Posteriormente, con la aprobación de la L.O 1/2014, de 13 de marzo, se modifica nuevamente la Ley Orgánica 6/1985 y se introdujo un cambio en la legislación, según la cual, la jurisdicción española sería competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia

un sello mediante el corte y la recolocación de los labios menores o mayores, con o sin extirpación del clítoris. d) Tipo IV: Procedimientos dañinos realizados sobre los genitales femeninos, no clasificados en las categorías anteriores y que no obedecen a motivos médicos (perforación, raspado, incisión o cauterización). Se incluye la “introcisión”, que consiste en la ampliación del orificio vaginal mediante cortes o desgarros.

contra las mujeres y la violencia doméstica⁵, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o, 3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo, se encuentre en España. El plazo para poder perseguir penalmente este delito es de 15 años desde que se hubiera practicado la mutilación.

De todos modos, hay que tener presente que, en el artículo 149 del Código Penal, continúa apareciendo la MGF como delito de lesiones. En la actualidad la MGF no aparece de forma explícita en la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, con la última reforma, se limita el poder de los jueces en asuntos de extraterritorialidad, lo cual consideramos un retroceso legislativo. Además, entendemos que con esta reforma no se produce una mejora de la situación. En teoría, si el padre es residente en España y reagrupa a madre e hija, no tiene por qué saber que su hija llega mutilada, lo que favorece la presunción de inocencia del mismo. Aunque si lo sabe, tiene que conocer que, según la ley, la MGF es delito en España. La manera en que se juzguen casos similares dependería del juez encargado del caso en cuestión. Desde nuestro punto de vista, resulta difícil plantearse la ignorancia del padre respecto a la MGF de la menor. Como veremos más adelante, se nos plantea una doble problemática moral: por un lado, la determinación de la responsabilidad penal del padre de la menor y, por otro lado, el doble papel protagonista de la mujer en los casos de MGF de menores, como víctima y como responsable penal. Además, bajo dicha regulación, en el caso en que la madre manifieste que no ha sido ella la que realizó la MGF, sino la abuela, se plantearía la concurrencia de un error de prohibición en cualquiera de sus modalidades (vencible o invencible). Si la abuela estuviera en España, sí se juzgaría con normalidad. Si, hipotéticamente, aplicáramos la legislación vigente a nuestro supuesto de hecho, estaríamos ante el caso de una niña reagrupada que llega mutilada a España, cuyo padre reside desde hace varios años en territorio español y cuya madre residía en el país de origen habiendo dejado a la menor al cuidado de la abuela. Siguiendo la literalidad de la legislación, se dudaría sobre la posibilidad de juzgar el delito, ya que esta niña no era residente en España en el momento de los hechos y esto no es un supuesto de extraterritorialidad permitido para el enjuiciamiento por parte de los jueces españoles.

En todo caso, en España, la tipificación del delito de MGF se caracteriza porque es perseguible de oficio sin necesidad de denuncia previa. Es, por tanto, un delito público, de manera que, quien tenga conocimiento del mismo, tiene la obligación de denunciarlo. Así lo expone el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante”*, insistiendo el artículo 355 de esta Ley en la obligación de las y los profesionales de la

⁵ El artículo 38, relativo a las mutilaciones genitales femeninas, del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, establece que las partes adoptarán las medidas necesarias (legislativas o no) para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: *“a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin.”*

medicina en este sentido: “*Si el hecho criminal que motive la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieran al herido estarán obligados a dar parte de su estado*”. Además, se juzga tanto la consumación como el intento, así como a quienes hayan intervenido, inducido y/o consentido. El consentimiento de la víctima no es un atenuante, así como tampoco son causas de justificación la cultura, la religión o la tradición. De la literalidad del precepto penal⁶, podemos extraer que las penas que se imponen son de seis a doce años de privación de libertad y la suspensión de todas las medidas inherentes a la patria potestad o tutela, o de cuatro a diez años si el juez lo considera en aras del interés de la menor. La reincidencia se tiene en cuenta para la determinación de la pena y el parentesco es una circunstancia agravante. Las medidas cautelares que se pueden aplicar son la prohibición de salida de España y la retirada de pasaporte.

A nivel autonómico, algunas Comunidades Autónomas (CC.AA.) han incluido la MGF, bien en sus normas relativas a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y contra la violencia sobre la mujer, o bien en su legislación en materia de infancia. Actualmente, solamente la Comunidad Valenciana y la Generalitat de Cataluña, han incluido referencias a la MGF en sus normas propias de protección a la infancia: la Ley de la Comunidad Valenciana 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia⁷ y la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia⁸.

Paralelamente, varias CC.AA. han incorporado, en sus normas autonómicas en materia de igualdad de oportunidades y de violencia contra las mujeres, referencias a la MGF, entre ellas, las CC.AA. de Canarias, Cantabria, Madrid, Aragón, Murcia, Cataluña, La Rioja, y la Comunidad Valenciana⁹.

Finalmente, conviene destacar la aplicación de protocolos de actuación tanto a nivel nacional como autonómico, entendidos, en todo caso, como instrumentos de prevención, disuasión e impedimento de la realización de la MGF. A nivel autonómico, Cataluña, Aragón y Navarra cuentan con protocolos de actuación. Entre ellos, podemos distinguir los micro-protocolos, que tienen una función territorial facilitando la prevención a nivel local, y los macro-protocolos, elaborados por expertos y que rigen a nivel nacional o autonómico (aunque no abordan específicamente la MGF, la contemplan en el marco de actuaciones en aspectos vinculados a la salud). Aunque los protocolos se usan como guía para el tratamiento en situaciones específicas y de enfermedades relevantes, su uso se ha extendido para casos como la MGF, ya que permite orientar la acción y el procedimiento a realizar ante este tipo de prácticas.

En el caso de Cataluña, desde julio 2008, se aplica el Protocolo para la prevención de la MGF de la demarcación de Girona. Éste fue un protocolo pionero tras

⁶ Artículo 149.2 del Código Penal.

⁷ Según su artículo 9.1, la Generalitat adoptará las medidas pertinentes para proteger la integridad física y psíquica del menor frente a situaciones de maltrato, abuso, violencia, amenaza, mutilación genital

⁸ En su artículo 76, se hace referencia expresa a la prevención de mutilación genital de las niñas y las adolescentes; y en su artículo 102.2 contempla como situaciones de riesgo, a los efectos de las actuaciones correspondientes por parte de la Comunidad Autónoma, el riesgo de sufrir mutilación genital.

⁹ *Protocolo común de actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina (MGF)*. Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.

el cual se han firmado los Protocolos para la prevención y actuación ante la MGF del Gobierno de Aragón (2011) y del Gobierno de Navarra (2013). El caso de Cataluña es, en cierto modo, especial porque ha sido la primera Comunidad Autónoma que comenzó a trabajar en la MGF a principios de la década de los 90, justo cuando, a nivel internacional, el tema de la MGF empezó a tratarse de manera más decidida sobre todo por parte de Naciones Unidas (ONU). A raíz de la Resolución 832/IV de 20 de junio de 2001, de adopción de medidas contra la MGF, la Generalitat de Cataluña tomaba medidas de prevención de la MGF en las áreas de salud, servicios sociales y educación. En 2002, una comisión de trabajo de personas expertas publicó el Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina de la Generalitat de Cataluña (protocolo que luego sería revisado en 2007), dirigido a profesionales de diversos ámbitos: salud, educación, servicios sociales, policía y asociaciones de prevención. En 2008, el Parlamento de Cataluña aprueba la Ley 5/2008 del 24 de abril, del *dret a les dones a erradicar la violencia masculista*, abordando algunas resoluciones y directrices del Parlamento Europeo sobre la MGF como forma de violencia de género. Esto possibilitó, en 2009, la reimpresión del protocolo, incluyendo el nuevo marco legal en Cataluña. En 2010 se aprobó una ley específica que establece la prevención, atención y protección de las niñas que han sido sometidas a la MGF o que corren riesgo de experimentar el procedimiento: la ley 14/2010, del 27 de mayo, *dels Drets i les Oportunitats en la Infancia i l'Adolescència*. Además, a nivel sanitario, el *Departament de Salut de la Generalitat* desarrolló dos protocolos relativos a la MGF: uno de 2005¹⁰, que completaba el protocolo general de pediatría y que establecía que la atención a los niños y niñas inmigrantes tenía que ser la misma que para el conjunto de la población infantil, pero debía atender a algunas particularidades vinculadas a la procedencia; y otro de 2008¹¹, que unifica los dos anteriores en uno solo. En el caso de Cataluña, la principal herramienta que utiliza la Generalitat para erradicar la MGF es el Protocolo de Actuación liderado por los Mossos d'Esquadra, quienes actúan a nivel local y comarcal y lo difunden entre los profesionales de diversos ámbitos, principalmente de educación y sanidad. Además, se promueve la creación de una mesa de MGF a nivel territorial¹²; mesas cuyo objetivo es la activación y aplicación del Protocolo, así como la creación de una base de datos al respecto¹³ para evaluar el riesgo de MGF de las niñas de la familia en cuestión. Están promovidas por la Generalitat y cuentan con el apoyo de los Ayuntamientos y los servicios sociales, salud, educación, Mossos d'Esquadra y técnicos/as de igualdad y de inmigración de la Generalitat.

En el caso de Aragón, el *Protocolo para la prevención y actuación ante la Mutilación Genital Femenina en Aragón* fue realizado por el Gobierno de Aragón en colaboración con Médicos del Mundo en 2011, dentro del marco del *II Plan Integral para la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón* (2009-2012). Este protocolo está orientado a la intervención preventiva con el objetivo de profundizar en los conocimientos de los profesionales de los ámbitos educativo, sanitario y social. Insiste en el trabajo interdisciplinar entre los profesionales, los colectivos inmigrantes y las familias. Considera esencial la implementación de programas de formación continuada a los profesionales para llevar a cabo una intervención adecuada. Además, presenta

¹⁰ *Protocol d'Atenció a Infants Immigrants: programa de seguiment del nen sa.*

¹¹ *Protocol d'activitats preventives i de promoció de la salut a l'edat pediàtrica. Infància amb salut del 2008.*

¹² Ver Anexo II: Tabla 4

¹³ Incluyendo datos como el nombre de la familia, la etnia, los nombres y fechas de nacimiento del padre y de la madre, el país de procedencia, los NIE, la dirección, si la mujer está o no mutilada, el número y nombre de las hijas que tienen, las fechas de nacimiento, si están o no mutiladas, la fecha de la última revisión, la escuela a la que van, si la familia ha viajado y si hay previsto algún otro viaje. Esta base de datos es normalmente cumplimentada por los servicios de pediatría y a ella pueden acceder los integrantes de la Mesa.

información general sobre la MGF: definición, área geográfica de prevalencia, tipología, consecuencias para la salud y marco jurídico en España, entre otros aspectos. En dicho protocolo la intervención queda definida por tres momentos que determinan los distintos tipos de actuaciones en los sistemas educativo, sanitario y de servicios sociales: factores de riesgo (motivan la intervención); riesgo inminente (factores externos -como un viaje al país de origen-); y MGF practicada, tanto en adultas como niñas. Este protocolo se ha diseñado a partir de la experiencia de intervención preventiva, por lo que destaca su enfoque preventivo y la definición de las actividades por momentos, manteniendo la necesidad de un abordaje transcultural al tiempo que un enfoque integral de la mujer.

En el caso de Navarra, se pretendía establecer un marco de coordinación para la prevención y proporcionar a profesionales de los sistemas social, sanitario y educativo conocimientos básicos sobre la MGF. De ahí que, en junio de 2013, se aprobara el *Protocolo para la Prevención y Actuación ante la Mutilación Genital Femenina* en Navarra, redactado por el Instituto Navarro para la Familia y la Igualdad con la colaboración de los grupos técnicos del Acuerdo Interinstitucional para la coordinación efectiva en la atención y prevención de la violencia contra la mujer¹⁴. La prevención, la intervención, el seguimiento y la evaluación de las acciones son la base de este protocolo. Éste incorpora un marco normativo desde la perspectiva internacional y nacional, analizando la MGF desde el punto de vista de los derechos humanos y la violencia de género y sus consecuencias psicológicas, sexuales y sociales. Además, identifica y detecta a las niñas en riesgo y la intervención preventiva con sus familias, señalando los posibles e inminentes riesgos para posibles víctimas y el problema que supone en mujeres ya mutiladas. Señala, finalmente, la necesidad de una herramienta coordinada para los ámbitos de intervención y la inclusión de actuaciones de mediación cultural, formación y sensibilización en prevención de la MGF, insistiendo en la participación de los colectivos de inmigrantes en el trabajo de concienciación.

En enero de 2015 se publica el *Protocolo Común para la Actuación Sanitaria en relación con la Mutilación Genital Femenina*, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS), de acuerdo con la Estrategia Nacional para la Erradicación de la violencia sobre la Mujer 2013-2016. Este es el primer protocolo a nivel nacional que aborda, desde el ámbito sanitario, esta forma de violencia contra la mujer con el objetivo de convertirse en una herramienta esencial para actuar homogéneamente en el conjunto del SNS. El objetivo esencial es mejorar la salud de las mujeres y las niñas a las que se ha practicado la MGF, trabajando en la prevención, disuasión y detección del riesgo de estas prácticas. El protocolo se aproxima de manera multilateral a la MGF, definiendo en qué consiste y su tipología, así como explicando su origen, causas y consecuencias en la salud de las mujeres. Igualmente, recoge los datos existentes a nivel mundial sobre la práctica de la MGF, mostrando su dimensión y los factores de riesgo. Con el objetivo de procurar una coordinación de acciones y garantizar la continuidad de cuidados a la persona mutilada y a la familia, este Protocolo también toma en consideración las actuaciones de los profesionales sanitarios, que se contemplan desde una perspectiva integral, multi e interdisciplinar, comprendiendo desde la atención primaria hasta la atención especializada pasando por otros servicios como los de urgencias.

¹⁴ Grupo Técnico de Prevención, Investigación y Formación; Grupo Técnico de Atención e Intervención y Grupo Técnico de Protección. Éstos pertenecen a distintos ámbitos de actuación: educación, salud, justicia, vivienda, empleo, protección civil, medicina legal y forense.

LA SENTENCIA 9/2013 DE 4 DE ABRIL, DE LA SECCIÓN CUARTA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

I. EL SUPUESTO DE HECHO

La sentencia objeto de nuestro estudio es la nº 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN. A fecha de 18 de agosto de 2010, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró incoa, mediante auto, Diligencias Previas a raíz del parte facultativo emitido por el centro médico de Premiá de Mar a fecha de 16 de agosto de 2010. Dicho Juzgado acuerda su inhibición a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción. Vistas realizadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN, en juicio oral y público, cuyas actuaciones fueron tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, con respecto de la acusada, a la que se nombra como Bárbara, sin antecedentes penales, de ignorada insolvencia, en situación de libertad provisional, de la que no ha sido privada, y representada y defendida por sus correspondientes procuradora y letrada. En este caso, la AN es competente en base al artículo 65 1º e) de la LOPJ modificada por la L.O. 3/2005, pues dicho artículo expone que *“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: [...] 1º e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. En todo caso, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.”* En este caso, los padres eran residentes en España y, aunque la MGF se descubre en un centro de atención primaria de Premiá de Mar, se realiza en el extranjero, de ahí que, en virtud de la LOPJ, tenga competencia la Sala Penal de la AN y no el juzgado de instrucción de Mataró. De acuerdo a lo expuesto en la LOPJ, el juzgado de instrucción (en nuestro caso, de Mataró), se inhibe a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción, realizando la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como es el caso que nos ocupa.

Por su parte, el Ministerio Fiscal (MF) entiende los hechos por los que se acusa a Bárbara como constitutivos de un delito de lesiones en la modalidad de MGF del artículo 149.2 del Código Penal. Entiende, además, que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicita la pena de 7 años de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y el pago de las costas del juicio, además de 50.000 euros en concepto de indemnización por responsabilidad civil a favor de su hija, Rosana. La defensa de la acusada solicita la absolución de la misma. Una vez admitidas las pruebas interesadas por las partes, se acuerda la celebración del juicio con fecha 13 de marzo de 2013. Sin embargo, el citado día, la acusada no comparece pese a estar debidamente citada y enterada de las consecuencias legales en caso de incomparecencia. A continuación, el MF solicita la medida cautelar de prisión y se señala la fecha de 14 de marzo de 2013 para la celebración de la vista. Tras la comparecencia de la acusada y de su esposo, se celebra el juicio y se deja sin efecto la medida cautelar de la prisión.

En los hechos probados que se enjuician en la Sentencia nº. 9/2013, de 4 de abril de 2013, se expone que Bárbara, mayor de edad y sin antecedentes penales, inmigrante de Senegal, llega a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido,

Florentino, residente en Cataluña desde 1999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, Bárbara, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, Rosana, nacida en una aldea de Senegal, acudieron al centro de atención primaria de Premiá de Mar donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris. Además, como consecuencia de la extirpación del clítoris, se aprecia sinequia, esto es, la adherencia de los labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisará tratamiento quirúrgico. Asimismo, se indica expresamente que dicha lesión fue causada directamente por la acusada, Bárbara, o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España y como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

La AN, en la sentencia de 4 de abril de 2013, condena a Bárbara como autora de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, concurriendo un error de prohibición vencible y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. La AN condena a Bárbara a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas del juicio y, en materia de responsabilidad civil, la indemnización a su hija Rosana de 10.000 euros.

A lo largo de nuestro documento, traeremos a colación una segunda sentencia, la STS 832/2013. Esta sentencia del Tribunal Supremo (TS), será el resultado de haber recurrido en casación la Sentencia 9/2013 de la AN, objeto de nuestro estudio, ante el Tribunal Supremo, que fallará a favor de la acusada, absolviendo a la misma.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL HECHO PROBADO

1. Pruebas practicadas

Los motivos esgrimidos por la AN para fundamentar dicha condena se exponen en los fundamentos de derecho de la sentencia. Según el Fundamento Jurídico Primero, los hechos constituyen una modalidad del delito de lesiones tipificado en el art. 149.2 del Código Penal (reforma introducida por la LO 11/2003), por ello hay que exponer y analizar las pruebas practicadas en el juicio oral consistentes en las declaraciones de la acusada, del enfermero y de los peritos médicos.

En cuanto a la declaración de la acusada¹⁵, ésta, al no tener estudios, no pudo precisar cuándo llegó a España. Sin embargo, sí indicó que antes de venir, vivía con sus tres hijos varones y su hija Rosana en una zona rural de Senegal. Posteriormente, su marido consiguió el permiso de agrupar a la familia y llegaron a Cataluña. En Senegal, ella trabajaba en el campo y cuando Bárbara cumplió, aproximadamente, un año de edad fue trasladada a la aldea de su abuela, pudiendo Bárbara seguir trabajando en el campo. La acusada ignora si fue su madre o alguien con su previo consentimiento, quien pudo haberle realizado la mutilación genital a la menor. Expone

¹⁵ Asistiéndole el derecho de no confesarse culpable y el de no declarar contra sí misma. Además, le fue necesaria la asistencia de un intérprete del idioma “mandinga”.

haber tenido conocimiento de la mutilación genital de su hija cuando lo descubrieron en el centro médico “*produciéndole la noticia una profunda tristeza ya que ella nunca lo hubiera permitido*”.

En cuanto a la prueba testifical del enfermero, éste conversó con la familia y, junto con la pediatra, estuvo presente en el reconocimiento médico de la menor. Se aprecia que algunas de las declaraciones del enfermero fueron contrarias a las de la acusada. El enfermero manifiesta que a Rosana se le aplicó el protocolo de niños inmigrantes sanos, momento en el que se le detecta la lesión. Recuerda haber hablado en todo momento con el padre, ya que la madre no hablaba castellano, haciendo el padre de interprete. El enfermero expone que cuando informó de la lesión a los padres, éstos no tuvieron ninguna reacción de especial sorpresa. El padre, de hecho, corroboró esto último, afirmando que la mutilación sufrida era un hecho cultural en África; por lo tanto, hablaron de ella con normalidad. Incluso recuerda que la madre manifestó expresamente haber sido objeto de esta misma práctica consecuencia de las costumbres imperantes en ese aspecto en las zonas rurales de su país.

En cuanto a la prueba pericial médica, los pediatras y los forenses correspondientes, emitieron su informe al respecto, afirmando que la niña había sufrido la mutilación genital; lesión que había derivado en sinequia, consecuencia de alguna infección. No pueden informar sobre la forma en que se produjo la lesión. Al ser informado por el Ministerio Fiscal (MF) de que la lesión se produjo por un profano de la medicina en una aldea de Senegal, sin ningún tipo de medios, los peritos médicos corroboraron el origen de la lesión precisando que estas lesiones suelen necesitar muchos días de curación, incluso meses, pudiendo producirse durante ese periodo infinidad de infecciones, algunas de ellas mortales.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DEL SUPUESTO

1. Autoría: comisión por omisión

A raíz de lo expuesto por el fundamento jurídico segundo, la AN entiende que el delito cometido reúne los caracteres del delito genérico de lesiones previsto en el art. 149.2 del Código Penal. Según el tribunal, atendiendo al tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia de vínculo materno-filial, no es necesario que las pruebas practicadas conduzcan de forma inequívoca a la imputación directa y material de la acusada. A efectos penales es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada o fueran llevadas a cabo por un tercero. Para acusarla, basta que, en su condición de madre y, en el ejercicio de la patria potestad, hubiera consentido – en aras de la tradición y la costumbre de Senegal - que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla. Así, el tribunal entiende que la acusada conocía, en todo caso, la lesión de su hija, fundamentalmente debido al cambio de actitud de la propia acusada.

Es por ello por lo que el tribunal está seguro de la autoría de la acusada, bien como autora material (según el art. 28¹⁶ del Código Penal, así como el ya citado

¹⁶ Art. 28 Código Penal: “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro*”

artículo 149.2) bien como autora por omisión. En el caso de que estuviéramos ante el segundo supuesto, esto es, comisión por omisión, la acusada habría expuesto a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión tal y como establece el art. 11¹⁷ del Código Penal.

Tenemos que tener en cuenta que, en el Derecho Penal anterior a 1995, la comisión por omisión carecía de una cobertura legal expresa, ningún precepto legal autorizaba a sancionar la realización omisiva de los tipos de resultado de la parte especial. Ante la falta de una norma expresa que recogiese esta posibilidad, la interpretación de la ley era muy forzada, puesto que en Derecho Penal rige el principio de legalidad penal¹⁸. En los Tribunales, los jueces afirmaban esa responsabilidad y, apoyándose en la doctrina, se pudo solventar la pereza del legislador y establecer la responsabilidad penal de los sujetos que no impedían determinados resultados. Es decir, doctrina y jurisprudencia admitieron desde siempre esta posibilidad, entendiendo que ciertas omisiones son jurídicamente equivalentes a la conducta activa y también realizan el tipo. La figura de la comisión por omisión constituía, de este modo, una creación doctrinal que siempre fue objeto de una enconada polémica centrada en la discutible compatibilidad de esta figura con el principio de legalidad penal.

La principal dificultad que hay que salvar para fundamentar la sanción de estos supuestos deriva de la divergencia material que existe entre la acción y la omisión. En los tipos de resultado de la parte especial se sanciona la realización de conductas capaces de producir la lesión a un bien jurídico; por ello, la imputación del resultado exige como primer presupuesto la demostración de la relación de causalidad. En la acción, encontramos un movimiento corporal que causa material y físicamente el resultado; existe la relación de causalidad exigida por el tipo. Por el contrario, la omisión es un “no hacer” y no puede ser causal respecto al resultado. Por ello, desde la perspectiva de la naturaleza de las cosas y entendiendo la causalidad como un nexo físico-material, no es posible afirmar que un puro “no hacer” pueda producir resultado positivo alguno. En la omisión, por tanto, no se causa el resultado, sino que ocurre algo distinto: el autor no evita la producción del resultado al no realizar una acción en defensa del bien jurídico, pero el resultado se produce por una causa distinta al propio comportamiento activo del sujeto. Por tanto, solo se van a cometer delitos en comisión por omisión cuando aquellos delitos supongan un resultado material. La comisión por omisión castiga a un sujeto por un resultado material que no ha impedido cuando tenía que haberlo impedido. Se trata, por tanto, de determinar esa responsabilidad penal imputando a un sujeto ese resultado material que no ha impedido como si lo hubiera causado igual por acción.

Como venimos explicando hasta el momento, no es lo mismo causar un resultado que no impedirlo y, si esto es así, el problema radica en determinar cómo dos

del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

¹⁷ Art. 11 Código Penal: *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

¹⁸ Fundamento en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.

estructuras que ontológicamente son opuestas pueden resultar, sin embargo, jurídicamente equivalentes y realizar ambas el tipo. Dicho de otro modo, el problema radica en determinar cuál es el elemento que permite equiparar la omisión a la acción y fundamentar la punición de estos supuestos. Dicho problema lo examinaremos más adelante a partir del análisis del artículo 11 del Código Penal, así como a partir de la figura de la posición de garantía.

Otro aspecto importante que debemos analizar en la comisión por omisión es el tipo del delito y sus elementos. En este caso, y según la SAN 9/2013, deben darse los parámetros descritos por el TS, exigiendo: 1. Producción de un resultado de lesión o peligro; 2. Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado; 3. Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito este fundamental en los delitos especiales; 4. Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; 5. Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La AN entiende que, en este caso, se darían todos los parámetros para poder considerar la autoría por comisión por omisión.

2. Posición de garante

Nada se comenta en la SAN 9/2013 sobre la posición garante, cuestión que consideramos esencial en el tema que nos ocupa, sino que la AN se basa en el criterio de valoración de la conducta basado en el quebrantamiento del rol de la madre de la acusada, que trataremos más adelante. Para poder apreciar el análisis de la figura de la posición de garante aplicada a nuestro caso, debemos acudir a la STS 939/2013, en especial al voto particular emitido por el magistrado D. Manuel Marchena Gómez, en el que expresa su desacuerdo con la absolución de la acusada. Según el magistrado, la declaración testifical del enfermero no es la única prueba de cargo sobre la que se asienta la condena de la acusada, pues el testimonio del enfermero sirve para reforzar el valor jurídico de la omisión de la acusada y su condición de garante, que la convierte responsable en los términos dictados por el artículo 11 del Código Penal.

La posición de garante consiste en una situación de especial responsabilidad en la que se encuentran determinados sujetos respecto a ciertos bienes jurídicos. Es, además, una responsabilidad derivada de su especial relación con el bien jurídico, que obliga al sujeto a garantizar su indemnidad. De esta especial relación surge, en determinadas situaciones de riesgo para el bien jurídico, un deber especial de actuar (un deber de garantía) que obliga al garante a evitar o impedir la producción del resultado lesivo: si estos sujetos omiten la acción debida y el resultado se produce, su comportamiento es, desde el punto de vista valorativo, equiparable a la causación activa del mismo y, en consecuencia, merece idéntica sanción.

Lo primero que hay que determinar cuando se estudia si una persona ha cometido un delito es si ha realizado una acción o una omisión, puesto que la

atribución de responsabilidad penal es diferente en ambas. Es decir, en nuestro caso, para atribuir responsabilidad penal a la acusada, se debe determinar si ha sido ella quien ha realizado materialmente la mutilación genital o si ella ha consentido que un tercero la realizara. Esta determinación es imprescindible porque la atribución de la responsabilidad penal es diferente si el delito se realiza mediante una acción o mediante una omisión. En nuestro caso, la SAN 9/2013 no se pronuncia sobre si la acusada es materialmente la autora o si, por el contrario, la mutilación genital ha sido realizada por un tercero. De hecho, en el Fundamento Jurídico Segundo expone que *“dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, -tal como la acusada insinuó-, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales.”* Ciertamente, la AN no incide sobre el hecho de si la acusada ha llevado a cabo una conducta activa u omisiva en la realización del delito en cuestión, simplemente se apoya en el quebrantamiento del rol de madre de la acusada para defender que esta ha cometido un delito, ya sea por acción o por omisión, pues su condición de madre y el ejercicio de la patria potestad que le correspondían han quedado desvaloradas al permitir la mutilación genital sobre la menor.

Como la AN no concluye si la conducta de la acusada ha sido activa u omisiva, nos disponemos a analizar ambos casos hipotéticos en aras de un análisis más detallado del caso que nos ocupa. De un lado, en el caso hipotético de que hubiera sido la madre la que realizó materialmente la mutilación genital sobre su hija menor, entendemos que, en todo caso, la atribución de responsabilidad penal no habría dependido de su condición de madre sino de la realización de la conducta típica descrita en el artículo 149.2 del Código Penal. Aunque es cierto que concurriría una relación materno-filial entre la acusada y la víctima de la mutilación que supondría la agravación de lo injusto específico realizado, por lo que se aplicaría la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23¹⁹ del Código Penal. De otro lado, en el caso en que la acusada hubiera llevado a cabo una conducta omisiva, tendríamos que plantearnos ciertos interrogantes para poder plantear el análisis de nuestro caso correctamente. En primer lugar, como hemos expuesto anteriormente, el problema radica en determinar cuál es el elemento que tenemos que exigir al tipo de omisión para que se pueda, normativamente, equiparar al comportamiento activo. Eso es precisamente lo que permite el artículo 11 del Código Penal: determinar ese requisito que es necesario para poder equiparar ambos comportamientos. La doctrina mayoritaria considera que el elemento que permite equiparar la realización omisiva a la activa no es un elemento de carácter natural como la causalidad, sino un elemento distinto y de carácter normativo: la posición de garantía. La posición de garante es la posición de determinados sujetos obligados a actuar, y que, además, van a ser responsables por los resultados que deriven de su no actuar. Los garantes, por tanto, están obligados a impedir determinados resultados.

¹⁹ Art. 23 Código Penal: *“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.*

A tenor de lo expuesto por el artículo 11 del Código Penal, se infringe un deber jurídico especial del autor, en dos casos concretos (es decir, podríamos decir que existen dos formas de posición de garante): a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actual y b) cuando nos encontramos ante una injerencia, esto es, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Con esa acción u omisión anterior ha creado un riesgo que le ha colocado en la posición de garante. En caso de que omitiera, ese riesgo se convierte en resultado y se le puede imputar. En este segundo caso, hay dos problemas: determinar qué supuestos dan lugar a la posición de garante y determinar si el resultado que queremos imputar se debe a la omisión del sujeto o a la acción u omisión precedente.

El artículo 11 del Código Penal regula, por tanto, la comisión por omisión mediante una cláusula de equivalencia, declarando con carácter general que la omisión es equiparable a la acción, cuando se den las condiciones que en él se establecen: la posición de garantía del omitente y la identidad estructural entre la omisión y la acción. Entonces, cumplidos dichos requisitos, el delito o falta correspondiente se entenderá cometido por omisión. Se ponen en relación el artículo 11 del Código Penal con los delitos de resultado de la parte especial: artículos 138²⁰ y 147²¹ del Código Penal. El artículo 11 reduce su propio ámbito de aplicación a determinados tipos de la parte especial, de modo que sólo respecto a éstos cabe admitir la posibilidad de comisión por omisión. El artículo 11 comienza afirmando²²: “*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado...sólo se entenderán cometidos por omisión cuando...*”. De ahí que la figura de la comisión por omisión sólo sea aplicable a los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado. El primer problema de interpretación que plantea el artículo 11 es fijar el sentido que tiene el término “resultado”; “resultado” entendido, por tanto, según la literalidad del precepto y en su sentido natural, como modificación del mundo externo separable espacio-temporalmente de la acción. Por lo tanto, de la literalidad de dicho artículo se desprende que existen delitos que consisten en producir un resultado y otros delitos que no consisten en esto. Los delitos que no producen resultados son los delitos de mera actividad, ya sean de lesión o de peligro, y, por ello, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la cláusula. Por otra parte, la literalidad del precepto, -“*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado*”-, incide sobre la idea de la mera causación de un resultado y parece indicar que sólo se está refiriendo a los delitos que consisten precisamente en eso, excluyéndose, en consecuencia, del ámbito de la posible comisión por omisión por la vía del artículo 11, aquellos delitos que

²⁰ Artículo 138 Código Penal: “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. 2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos: a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.*”

²¹ Artículo 147 Código Penal: “*1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. 3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*”

²² Antes de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal y que hace desaparecer la tipificación de las faltas.

consisten en algo más que en la mera producción de un resultado, esto es, los delitos de medios comisivos determinados en los que el tipo que describe el tipo de conducta o de medio a través del cual debe producirse el resultado. De este modo, el tipo sólo se realiza si el resultado se produce precisamente a través de estos medios. En estos casos la realización omisiva sólo será admisible cuando el legislador haya previsto expresamente las formas típicas omisivas junto a las activas, pero no por aplicación del artículo 11 del Código Penal.

Volviendo a nuestro objeto de estudio, la única referencia expresa a la posición de garantía en ambas sentencias la encontramos en el voto particular del magistrado D. Manuel Marchena Gómez a la sentencia 832/2013 del Tribunal Supremo. En dicho voto particular, el magistrado expresa su desacuerdo con la absolución de la acusada, pues defiende que la declaración testifical del enfermero sirve para reforzar el valor jurídico de la omisión de la acusada y su condición de garante, que la convierte responsable en los términos dictados por el artículo 11 del Código Penal. Según dicho magistrado, la posición de garantía es la propia condición de madre de la acusada, ejerciente de la patria potestad y de la custodia de la menor, aun habiendo dejado la acusada a la menor al cuidado y guarda de su abuela debido al desempeño de las actividades laborales de la acusada. De este modo, teniendo en cuenta la posición de garantía de la acusada y en base al citado artículo 11 del Código Penal, el Fundamento de Derecho Segundo de la SAN 9/2013 adquiriría pleno significado. Se podría entender que la acusada ostenta una posición de garante y, por tanto, un deber de garantía para con su hija menor víctima de la mutilación genital, en tanto su condición de madre, el ejercicio de patria potestad y la custodia de la menor. Además, podría haber lugar a una injerencia en tanto en cuanto la acusada ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción – dejar a su hija al cuidado de la abuela, quien podría haber realizado o forzado la mutilación genital- u omisión -no haber impedido la mutilación genital habiéndolo podido impedir.

En segundo lugar, a raíz de todo lo expuesto hasta ahora, nos planteamos un segundo interrogante referente a si es necesario exigir que el autor ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad tanto en los delitos de acción como en los delitos de comisión por omisión. En los delitos de acción, sería dudoso aceptar que la atribución de la responsabilidad penal dependa del rol de madre de la acusada, que es un dato objetivo y del que surgen unos deberes y unas obligaciones que, si se vulneran, conllevan una responsabilidad penal. De hecho, un sector de la doctrina no defiende la figura de la posición de garante sino la de un *esquema de interpretación de las expectativas del portador de un rol*. Sin embargo, es cierto que, en este contexto, hay que matizar el significado de *rol*. Con *rol*, se refieren a un sistema de posiciones definidas de modo normativo que deben darse para que las acciones individuales puedan adquirir un significado socialmente vinculante. El rol se compone de expectativas tanto de acción (aquello que se espera que haga el que ostenta el rol) como de omisión (aquello que se espera que no haga el que ostenta el rol). Además, la ejecución de un rol genera una posición de garante que, si se defrauda, lleva a una responsabilidad tanto en el delito de acción como de omisión. Por lo tanto, el rol ofrece las pautas para interpretar de un modo generalmente válido un comportamiento, por lo que la estandarización del comportamiento se aprecia como un criterio de valoración de la conducta, determinando cuándo hay un riesgo no permitido. El quebrantamiento del rol supone defraudar las expectativas garantizadas jurídicamente; por ello el sistema debe velar por la vigencia de las normas sin distinguir si se han vulnerado por una conducta activa u omisiva. Sin embargo, cabe

destacar que la valoración de un comportamiento basada en el quebrantamiento del rol no ofrece claridad a la atribución de la responsabilidad penal, ya que el quebrantamiento no se puede valorar si no se vincula a un comportamiento concreto. En nuestro caso, el quebrantamiento del rol de madre no se puede afirmar si no se ha determinado previamente cuál ha sido el comportamiento activo u omisivo que ha realizado la acusada. En el caso de que la acusada hubiera llevado a cabo un comportamiento activo, podríamos afirmar el quebrantamiento del rol de madre de la acusada, defraudando con ello las expectativas correspondientes. Puesto que la menor habría sufrido una mutilación genital, y pesar de que la STS indique lo contrario, puede entenderse que el hecho de trasladar el cuidado de la niña a la abuela sea un comportamiento activo negligente: la acción de dejar a la menor con al cuidado de la abuela podría conllevar a que la abuela forzara o incluso realizara la mutilación genital de la menor.

Sin embargo, en nuestro caso no ha quedado demostrado que la acusada ejecutara la mutilación genital de la hija, por lo que no puede haber una responsabilidad por acción. Tal y como hemos mencionado anteriormente, en el caso hipotético de que hubiera sido la madre la que realizó materialmente la MGF sobre su hija menor, la atribución de responsabilidad penal no habría dependido de su condición de madre sino de la realización de la conducta típica descrita en el 149.2 CP. Aunque concurriría una relación materno-filial entre la acusada y la víctima de la mutilación, esta relación supondría la agravación de lo injusto específico realizado, por lo que se aplicaría la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 CP.

Trasladando esta misma cuestión a los delitos de comisión por omisión²³, cabe apreciar que, tradicionalmente, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia exigen una posición de garante para castigar por comisión por omisión ya sea a título de coautor como a título de partícipe. Sin embargo, es cierto que, dentro de esta opinión mayoritaria, hay diversos puntos de discusión. Uno de ellos es el debate en torno a si la posición de garante se define según determinadas fuentes formales (como la ley, el contrato y la injerencia -actuar precedente peligroso-) o según una relación material permanente del sujeto con un bien jurídico o con campos de peligro en virtud de las funciones que aquel desempeñe. Otro punto de debate gira en torno a si la posición de garante define el criterio de equivalencia entre la acción y la omisión con alguna exigencia adicional de imputación objetiva para fundamentar una responsabilidad; si la posición de garante y la equivalencia entre la acción y omisión son dos requisitos independientes que necesariamente deben confluir cumulativamente para imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión o si para imputar una responsabilidad penal en un delito de resultado en comisión por omisión sólo se necesita una identidad entre la acción y la omisión desde el punto de vista del tipo de lo injusto.

En todo caso, en los tipos de comisión por omisión, la acción que cumple con el mandato es la que tiene la capacidad de evitar la producción del resultado lesivo, es decir, una acción de salvaguarda y protección. La capacidad de evitar el resultado existe cuando tanto el autor como el partícipe tienen una posición de garantía definida según fuentes formales (ley, contrato e injerencia) o según una relación material

²³ ¿Es necesario exigir que el omitente ostente una posición de garante para imputar una responsabilidad en comisión por omisión en un delito de resultado?

permanente de un sujeto con un bien jurídico concreto. Es entonces cuando la posición de garante es un requisito necesario para constituir una responsabilidad en comisión por omisión; la posición de garante se vuelve requisito indispensable a la hora de responsabilizar al omitente por una autoría o participación en esta modalidad de delito omisivo. Así la responsabilidad por comisión por omisión gravita en torno a que quien ostenta la posición de garantía no evita el delito cometido por un tercero.

Sin embargo, hay otro sector doctrinal que considera que esa posición de garante no es necesaria para imputar una responsabilidad penal por omisión. Según esta doctrina, la responsabilidad por comisión por omisión no gravita en torno a que quien ostenta la posición de garantía no evite un resultado. Por un lado, dicho sector entiende que la omisión no encuentra su fundamento en la posición de garante definida y previa a la situación concreta en la que surge el deber de actuar correspondiente. En este argumento se apoya el Tribunal Supremo en su Sentencia 832/2013 para afirmar que *“en cualquier caso no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en este mismo proceso, con iguales pruebas que la recurrente (su testimonio, declaración del enfermero y dictámenes periciales), cuando resultó absuelto como se comprueba en los folios 209-213 de la presente causa”*. A pesar de que no estamos de acuerdo con dicho argumento jurídico, en este punto encontramos una cuestión importante y respecto de la que discrepamos plenamente: la inimputabilidad del padre de la menor. Si bien la condición de madre, el ejercicio de la patria potestad y la custodia de la menor son factores que conforman la posición de garantía de la acusada, también lo son para conformar la posición de garantía que ostenta el padre. Es decir, hablamos de la posición de garantía que recaería sobre la condición de progenitores de la menor; posición de garantía de la que emanaría responsabilidad penal tanto para la madre como para el padre por la realización de la mutilación genital a la menor de edad.

Por todo lo analizado anteriormente, consideramos que la posición de garante es relevante a la hora de atribuir responsabilidad en la comisión por omisión. Aunque para la comisión activa de un delito no se exige la posición de garante, entendemos que, en la comisión por omisión, precisamente por no existir vínculo alguno de causalidad, es la posición de garante el elemento que permite equiparar la omisión a la acción y fundamentar la punición de estos supuestos.

3. Error de prohibición

De otro lado, teniendo en cuenta la declaración de la acusada y del enfermero, la AN, tal y como se expone en la SAN 9/2013, se plantea la existencia de un error de prohibición, pudiendo este ser: invencible (que llevaría a una exención de la responsabilidad) o vencible (que llevaría a una atenuación de la misma), de acuerdo con el artículo 14.3²⁴ del Código Penal. El error de prohibición es el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta, esto es, el sujeto desconoce que lo que hace está prohibido por la norma penal. En otras palabras, el error de prohibición es elemento

²⁴ Art. 14.3 Código Penal: “[...] 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

constitutivo de la culpabilidad que exige que el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe, por tanto: extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad, ni tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho. El error de prohibición excluye la conciencia de la antijuridicidad y, por tanto, afecta a la culpabilidad, pero no al dolo. Si el error de prohibición es invencible, el sujeto no podría de ningún modo haber evitado su error dadas las circunstancias del caso concreto por lo que el artículo 14.3 del Código Penal lo declara exento de responsabilidad penal. Por el contrario, si el error de prohibición es vencible, el sujeto podría haber evitado su error si hubiese prestado una atención media o si se hubiere informado, por lo que el artículo 14.3 del Código Penal establece que la pena a imponer al sujeto será la inferior en uno o dos grados a la prevista en el tipo.

El Tribunal de la AN entiende que la acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituía un delito tanto dentro como fuera de España. De ahí que, en el reconocimiento médico de su hija, en septiembre del año 2010, reaccionara con total normalidad, con indiferencia y sin sorpresa al ser informada de la lesión descubierta, reconociendo, incluso, haberla sufrido ella personalmente. La naturalidad de su reacción derivaba de su convencimiento de que la lesión sufrida por su hija carecía de trascendencia penal. Y de ahí igualmente el cambio de actitud que experimentó la acusada en el juicio oral, en el que su postura de indiferencia se convirtió en desconocimiento y gran pesar por lo ocurrido.

El Tribunal de la AN no duda de que la acusada no tenía conocimiento que, bien su actuación o bien la realizada por otra persona, era contraria al orden penal español. Por lo tanto, la respuesta del ordenamiento penal no puede ser la misma que se aplicaría a alguien que, a sabiendas, infringe una norma penal, pues así lo expone el artículo 14.3 del Código Penal. Así, para valorar la entidad del error se tienen en cuenta tanto las condiciones psicológicas y de cultura del infractor como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar. Atendiendo a estos factores, resulta probado que, aunque la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía diez años, por lo tanto, es inevitable pensar que, aunque la acusada no tuviera acceso a la información pertinente, su marido debería haberla informado debidamente sobre este asunto pues se entiende que era conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia en España. A este respecto, cabe destacar el argumento expuesto por la AN en la SAN 9/2013, según el cual se defiende que, en aquellos supuestos en los que el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento intente estar amparado bajo argumentos relativos a la tradición y cultura, el presupuesto normativo que prima en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que puedan darse argumentos culturales, religiosos o políticos para justificar su vulneración. Así lo defiende igualmente el art. 3.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España²⁵ y la

²⁵ Modificada por la L.O. 2/2009 de 11 de diciembre, que expone: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de*

Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF²⁶. Con todo ello, la AN, teniendo en cuenta los factores establecidos por el Tribunal Supremo y las circunstancias del caso, entiende que el error sufrido por la acusada es el vencible y procede a minorar la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del Código Penal en uno o dos grados.

Paralelamente, si bien la AN califica como vencible el error en que incurrió la acusada, el TS defiende que la SAN 9/2013 no explica cómo la acusada, a pesar de todas las limitaciones en que se encontraba, tuvo posibilidad de haber evitado la mutilación genital de la menor y no lo hizo, o si por el contrario *“el error padecido hubiera podido superarse empleando la diligencia objetiva y subjetivamente exigible”*²⁷. Por lo tanto, según el TS, no ha quedado acreditado que la acusada tuviera acceso a algún medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente y el contexto en el que vivió y en el que se desarrolla el caso objeto de nuestro análisis. Se entiende, por tanto, que, en el contexto en que se desarrollaron los hechos, la acusada carecía de medios adecuados y oportunos que le permitieran el acceso a la información sobre la ilegalidad de la mutilación genital, de cara a impedir el resultado. Con todo ello, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el ambiente y el contexto en que la acusada y la menor se encontraban, entiende que el error sufrido por la acusada es el invencible y procede a eximir de responsabilidad penal a la acusada, al entender que esta no podría de ningún modo haber evitado su error dadas las circunstancias del caso concreto, por lo que de conformidad con el artículo 14.3 del Código Penal la declara exento de responsabilidad penal.

Finalmente, en lo relativo al análisis del error de prohibición y su tipología en el caso que nos ocupa, es importante destacar la consideración al respecto del magistrado del TS D. Manuel Marchena Gómez en la STS 832/2013. En su voto particular, el magistrado disiente de la STS 832/2013 al considerar esta la concurrencia de un error de prohibición invencible en el caso que nos ocupa. En opinión del magistrado, la inexistencia de algún sistema de información que permita deshacer el error, no está justificada, pues Senegal – país de origen de ambos progenitores – no solamente ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen y defienden la dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física, sino que, de igual modo, ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales femeninos. Varios ejemplos de textos internacionales suscritos y ratificados por Senegal son: la Convención de Derechos del Niño²⁸, la Carta Africana de Derechos Humanos y el Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003.²⁹

signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas"

²⁶ Que modifica el artículo 23.4 de la LOPJ, exponiendo que: *"El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres."*

²⁷ STS nº 832/2013 de 16 diciembre, fundamento de derecho tercero.

²⁸ Firmada por Senegal con fecha 26 de enero de 1990, ratificada mediante instrumento de 31 de julio de 1990 y en vigor a partir del día 2 de septiembre de 1990.

²⁹ Artículo 5 Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: *"...los Estados*

IV. FALLO

La AN, en la Sentencia 9/2013, condena a Bárbara como autora responsable de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, con la concurrencia de un error de prohibición vencible, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de: dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas del juicio y que en materia de responsabilidad civil indemnice a su hija Bárbara en 10.000 euros.

La norma que utiliza el Tribunal de la AN para solucionar la controversia que nos ocupa, es el artículo 149.2 del Código Penal: delito de lesiones en la modalidad de MGF. Según este artículo, la persona que realice cualquier tipo de mutilación genital, será castigada con pena de prisión de seis a doce años. Además, en el caso en que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y siempre que el juez lo estime oportuno, al mutilante se le aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años.

A la hora de interpretar este precepto, la AN toma en consideración la literalidad de la norma, así como la realización de la conducta típica contenida en el mismo. De este modo, partiendo de la aplicación del artículo 149.2 del Código Penal, la AN ha tenido en cuenta y ha interpretado la especificidad de nuestro caso. Así, ha procedido en todo momento a analizar las pruebas practicadas (la declaración de la acusada, la prueba testifical del enfermero y la prueba pericial médica). Igualmente, ha procedido a analizar la autoría, si bien es cierto que no ha concretado si esta resulta de un comportamiento activo u omisivo. Los pasos interpretativos que conducen al Tribunal a la indudable autoría de la acusada se basan en el tipo penal existente, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial (condición de madre de la menor y el ejercicio de la patria potestad). De este modo, la SAN 9/2013 no especifica si la autoría se basa en un comportamiento activo u omisivo (con base en el art. 11 del Código Penal, comisión por omisión) y entiende que basta “... que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales.” para imputarle responsabilidad penal por la mutilación genital sufrida por la menor.

Partes prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo: a) La creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante la información, la educación formal e informal y programas de divulgación; b) La prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, escarificación, medicalización y paramedicalización de la mutilación genital femenina y toda otra práctica con el fin de erradicarlas; c) La prestación del apoyo necesario a las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicios de salud, apoyo jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes; d) La protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos e intolerancia.”

Finalmente, la aplicación del artículo 14 del Código Penal, por parte de la AN, se fundamenta en dos motivos. En primer lugar, se basa en que el esposo de la acusada llevaba residiendo en España desde hacía diez años y, por lo tanto, se entiende que era conocedor de las normas mínimas de convivencia en España. Por ello, aunque la acusada no tuviera acceso a la información oportuna, el esposo podría y debería haberle informado sobre este asunto. En segundo lugar, la AN, en la interpretación de los hechos, defiende que, en aquellos supuestos en los que el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento intente estar amparado bajo argumentos relativos a la tradición y cultura, el presupuesto normativo que prima en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que puedan darse argumentos culturales, religiosos o políticos. Así lo defiende igualmente el art. 3.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF. La AN, por todo ello, entiende que el error sufrido por la acusada es el vencible y procede a minorar la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 del Código Penal en uno o dos grados.

No hay votos particulares.

V. VALORACIÓN PERSONAL

Desde nuestro de punto de vista, coincidimos con la AN en la valoración del delito como delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, prevista en el artículo 149.2 del Código Penal. Sin embargo, cabe destacar nuestro desacuerdo en dos cuestiones planteadas por la AN al respecto y que consideramos clave. En primer lugar, estamos de acuerdo con la STS 832/2013 en su comentario respecto de la determinación de la autoría realizada por la SAN 9/2013. Creemos que la SAN 9/2013 fundamenta jurídicamente con un alto grado de incerteza la determinación de la autoría. Según esta sentencia: *“dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara materialmente la acusada, la madre de esta última, -tal como la acusada insinuó-, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales.”* Sin embargo, entendemos que, a efectos penales, no es indiferente si la madre causa materialmente el delito (es decir, si lleva a cabo un comportamiento activo) o si el delito lo lleva a cabo un tercero con el consentimiento de la acusada (es decir, si la madre lleva a cabo un comportamiento omisivo). Para atribuir responsabilidad penal a la acusada, se debe determinar si ha sido ella quien ha realizado materialmente la mutilación genital (comportamiento activo) o si, por el contrario, ella ha consentido que un tercero la realizara (comportamiento omisivo). Esta determinación es imprescindible porque la atribución de la responsabilidad penal es diferente si el delito se realiza mediante una acción o mediante una omisión. En nuestro caso, la SAN 9/2013 no se pronuncia sobre el hecho de si la acusada ha llevado a cabo una conducta activa u omisiva en la realización del delito en cuestión, simplemente se apoya en el quebrantamiento del rol

de madre de la acusada para defender que ésta ha cometido un delito, ya sea por acción o por omisión, pues su condición de madre y el ejercicio de la patria potestad que le correspondían han quedado desvaloradas al permitir la mutilación genital sobre la menor. No obstante, aunque entendemos que la SAN 9/2013 debería haberse pronunciado sobre la autoría de la acusada, estamos de acuerdo con el voto particular del Magistrado D. Manuel Marchena Gómez cuando afirma que, de haber introducido la figura jurídica de la posición de garante de la acusada, el Fundamento Jurídico Segundo de la SAN 9/2013 habría tomado pleno significado y la autoría de la acusada hubiera podido quedar confirmada en los términos que la AN expone en su sentencia.

En segundo lugar, la SAN 9/2013 gira en torno a la figura de la acusada, pero en ningún momento se plantea la autoría del padre. En esta cuestión consideramos verdaderamente acertado el comentario que realiza la STS 832/2013 respecto a la imputación del padre de la menor. Al padre de la menor mutilada no se le imputa el hecho, cuando realmente es uno de los progenitores y, por tanto, respecto de él también existe un vínculo paterno-filial evidente, que le hace ser titular de la patria potestad y custodia – a pesar de la distancia y los diferentes países de residencia - de la pequeña. A este respecto, creemos que, tanto la madre como el padre, deberían ser responsables de la mutilación genital de la menor por partes iguales. Hablaríamos, por tanto, de progenitores acusados y no, únicamente, de madre acusada. Si bien la condición de madre, el ejercicio de la patria potestad y la custodia de la menor son factores que conforman la posición de garantía de la acusada, también lo son para conformar la posición de garantía que ostenta el padre. Es decir, hablamos de la posición de garantía que recaería sobre la condición de progenitores de la menor; posición de garantía de la que emanaría responsabilidad penal tanto para la madre como para el padre por la realización de la mutilación genital a la menor de edad. No obstante, somos conscientes de que, al no existir acusación del MF hacia el padre y, en virtud del principio acusatorio, el Tribunal de la Audiencia Nacional no puede ni acusar ni demandar al padre.

Por lo tanto, en esta cuestión se nos plantea una doble problemática moral en la que los dos aspectos que la constituyen tienden a retroalimentarse recíprocamente: por un lado, la determinación de la responsabilidad penal del padre de la menor – problemática ya mencionada- y, por otro lado, el doble papel protagonista de la mujer en los casos de MGF de menores, como víctima y como responsable penal. De este modo, consideramos paradójico que, en los casos de MGF a menores, la figura de la mujer (y de las madres) aparece, a la vez, como víctima y como responsable del delito. Por ello, la no imputación del hombre (también padres) en estos casos, no hace más que alimentar un constante círculo vicioso, en el que la mujer ocupa la posición constante de autora a víctima y de víctima a autora. La figura y la responsabilidad del hombre en la problemática de la MGF es necesaria y debe hacerse visible. Si bien es cierto que, en los casos de MGF, los varones no gestionan la práctica de la mutilación, la realización de la misma es imperante en sus países de origen. Quizá no gestionen el hecho de llevar a la práctica la mutilación genital, pero, en todo caso, son cultural y socialmente conscientes de que, a determinada edad, la menor “debe” ser mutilada, por lo que entendemos que, en cierto modo, participan en la comisión del delito y lo permiten, pues son conscientes de su puesta en práctica. Esta primera cuestión, nos lleva a plantearnos una segunda: hasta qué punto la madre de la pequeña es la única responsable del delito. En el caso que nos ocupa, resulta evidente que el padre de la menor no estaba físicamente en el lugar donde se gestó la MGF de la menor, por ello, la acusación se dirige únicamente contra la madre. Sin embargo, desde un punto de

vista más crítico, entendemos que el hecho de que el padre fuera residente en España, no debería ser una justificación de la ignorancia de la práctica de la MGF pues el hecho de no estar presente durante la comisión de la mutilación no excusa la condición de padre de la menor, esto es, de la titularidad de la patria potestad, cuidado y custodia de la pequeña

Por todo ello, coincidimos con la valoración de la AN respecto a que el delito cometido reúne los caracteres de una modalidad del genérico de lesiones previsto en el artículo 149.2 del Código Penal, esto es, la modalidad de mutilación genital. Sin embargo, no coincidimos en la determinación de la autoría. Desde nuestro punto de vista, los acusados deberían ser ambos progenitores (es decir, tanto el padre como la madre) de la menor mutilada. Sin embargo, es cierto que, en el caso que tratamos, no queda demostrado que los progenitores ejecutaran la mutilación genital de la menor, por lo que no puede haber una responsabilidad penal por una acción. De ahí que consideremos que, ambos han llevado a cabo un comportamiento omisivo, penado por el artículo 11 del Código Penal, consistente en una injerencia en tanto en cuanto los progenitores han creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido³⁰ mediante una acción – dejar a su hija al cuidado de la abuela, quien podría haber realizado o forzado la mutilación genital- u omisión -no haber impedido la mutilación genital habiéndolo podido impedir- precedentes. Además, de la valoración de las pruebas practicadas, resulta evidente que los progenitores conocían, en todo caso, la lesión de su hija. En un primer momento, cuando el centro médico comunicó a los padres la lesión, estos se mostraron indiferentes y no sorprendidos por la noticia; se entiende entonces que la falta de reacción y/o sorpresa de los padres al ser informados de la mutilación genital que sufría su hija obedece a su conocimiento sobre la existencia de la lesión. Esa falta de reacción y/o sorpresa queda ratificada por la declaración testifical del enfermero, quien manifestó que cuando informó a los padres de la lesión que sufría Rosana, estos se mostraron indiferentes, sin ser sorprendidos por la noticia. Es más, el padre de Rosana le confesó que esa lesión era normal en su país ya que formaba parte de la cultura y la tradición y que, precisamente por este motivo, también le había sido practicada a su esposa. Sin embargo, posteriormente, en el acto del juicio, la acusada se vio profundamente dolida por la lesión que su hija había sufrido y se mostró en contra de la práctica de la MGF. Precisamente por este cambio repentino de actitud, resulta evidente que los progenitores ignoraban que la mutilación genital practicada a la menor constituía un delito tanto en España como en otros países. Aunque es cierto que no consta la forma y circunstancias en que se ha mutilado a niña, las investigaciones llevadas a cabo sobre la MGF demuestran que las practicantes de la misma, no suelen ser las madres de las menores, sino parteras tradicionales o ancianas de la aldea o de la comunidad. Estas mujeres practicantes de la MGF, heredan las habilidades y el manejo de la práctica, disfrutando de una situación de prestigio especial en la sociedad en la que viven y recibiendo por sus servicios un pago. Es decir, la profesión de estas practicantes es, efectivamente, la realización de la MGF a las menores de sus comunidades.

A diferencia de la STS 383/2013, consideramos que la SAN 9/2013 acierta en considerar como pruebas de cargo mínimas, aptas y suficientes la declaración de la acusada, el testimonio del enfermero y los informes periciales. Consideramos que dichas pruebas incriminatorias, así como la interpretación que de ellas hace la AN, son

³⁰ La vida de la menor, su salud sexual y su integridad física.

seguras, ciertas y justifican la participación negligente de la acusada (a nuestro parecer, serían los progenitores acusados) en los hechos enjuiciados. En particular, la interpretación de la declaración del enfermero puede ir en dos sentidos: en primer lugar, que los padres conocieran previamente la lesión o, en segundo lugar, que, si la lesión se descubrió en el Centro de Salud, los padres no tuvieran una reacción de sorpresa y de contrariedad, pues la mutilación genital es una práctica habitual en las regiones rurales de su país que no está considerada como ilícita o ilegal. En cualquier caso, consideramos que resulta evidente el hecho de que ambos progenitores no eran conscientes de la ilicitud e ilegalidad de la MGF en territorio español. De ahí que el cambio de actitud y reacción por parte, fundamentalmente, de la madre en el momento del juicio: pasando de una actitud de falta de reacción y sorpresa en el Centro de Salud a un profundo dolor y pesar por la lesión que la menor había sufrido, mostrándose incluso, la madre, en contra de la práctica de la MGF. Además, cabe destacar la valoración de las pruebas practicadas que hace el Magistrado D. Manuel Marchena Gómez en el voto particular a la STS 383/2013. Coincidimos con él en que, a pesar de la opinión del Tribunal Supremo, la declaración del enfermero no es la única prueba de cargo sobre la que se asienta la condena de Bárbara, sino que también la posición de garante, de haber sido introducida por la AN, actuaría como tal en el caso que nos ocupa, reforzando el valor jurídico de la omisión en la que la acusada incurrió en virtud del artículo 11 del Código Penal.

Finalmente, coincidimos con la AN en la valoración de la concurrencia de un error de prohibición vencible en el caso que nos ocupa y que encuentra su fundamentación jurídica en el artículo 14 del Código Penal. Apoyamos el argumento de la AN, según el cual resulta probado que el esposo de la acusada llevaba residiendo en España desde hacía diez años, por lo que se entiende que era conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia en España y, aunque la acusada no tuviera acceso a la información pertinente sobre la mutilación genital y su regulación en territorio español, su marido podría y debería haberla informado al respecto. Además, coincidimos con la AN cuando, a este respecto, argumenta que en aquellos casos en los que el supuesto de hecho sometido a enjuiciamiento intente estar amparado bajo argumentos relativos a la tradición y cultura, el presupuesto normativo que prima en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que puedan darse argumentos culturales, religiosos o políticos. Así lo defiende igualmente el art. 3.2 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF. De otro lado, analizando la STS 832/2013, coincidimos plenamente con el voto particular del magistrado del Tribunal Supremo D. Manuel Marchena Gómez en la STS 832/2013, según el cual la inexistencia de algún sistema de información que permita deshacer el error, no está justificada, pues Senegal no solamente ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen y defienden la dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física, sino que, de igual modo, ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales femeninos. Varios ejemplos de textos internacionales suscritos y ratificados por Senegal son: la Convención de Derechos del Niño, la Carta Africana de Derechos Humanos y el Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003.

CONCLUSIONES FINALES Y REFLEXIONES PERSONALES

Coincidimos con la valoración de la AN respecto a que el delito cometido reúne los caracteres de una modalidad del genérico de lesiones del artículo 149.2 del Código Penal (modalidad de mutilación genital) pero no coincidimos en la determinación de la autoría. Desde nuestro punto de vista, los acusados deberían ser ambos progenitores de la menor. Al no quedar demostrado que los progenitores ejecutaran la mutilación genital de la menor consideramos que ambos habrían llevado a cabo un comportamiento omisivo, penado por el artículo 11 del Código Penal, consistente en una injerencia en tanto crean una ocasión de riesgo para la vida e integridad física de la menor. A diferencia de la STS 383/2013, consideramos que la SAN 9/2013 acierta en considerar como pruebas de cargo mínimas, aptas y suficientes la declaración de la acusada, el testimonio del enfermero y los informes periciales. Dichas pruebas incriminatorias, así como la interpretación que de ellas hace la AN, son seguras, ciertas y justifican la participación negligente de la acusada (a nuestro parecer, serían los progenitores acusados) en los hechos enjuiciados. Finalmente, coincidimos con la AN en la valoración de la concurrencia de un error de prohibición vencible en el caso que nos ocupa y que encuentra su fundamentación jurídica en el artículo 14 del Código Penal. Apoyamos el argumento según el cual resulta probado que el esposo de la acusada llevaba residiendo en España desde hacía diez años, por lo que se entiende que era conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia en España y, aunque la acusada no tuviera acceso a la información pertinente sobre la mutilación genital y su regulación en territorio español, su marido podría y debería haberla informado al respecto.

¿El recurso al Derecho Penal para responder a estos casos es adecuado? La intervención del Derecho Penal es necesaria e inexcusable pero no suficiente. Las leyes, por sí solas, no contribuyen a la erradicación de la MGF, pero son un primer paso necesario. Desde nuestro punto de vista, la intervención penal debe estar acompañada siempre de una respuesta mucho más amplia y profunda, que integre campañas de sensibilización e información general (sobre MGF y todo su contexto, esto es, derechos de las mujeres, derecho y voluntad o no de ser madres, etc.), así como también más específica a los colectivos de afectados. Todo ello con el objetivo principal de adelantarse al delito, prevenirlo y, si se ha cometido, reparar, en la medida de lo posible, sus consecuencias. La prevención es la base, pero no funciona sin persecución penal. Por lo general, el brazo de las organizaciones humanitarias no suele ser lo bastante fuerte como para atacar el problema de raíz. Se debe buscar, por tanto, un modelo preventivo que, junto con medidas legislativas, aplique programas de actuación en materia de educación, información y prevención, dirigidos tanto a toda la población, como a la que procede de los países en los que la MGF tiene mayor presencia. Otro aspecto esencial a tener en cuenta son los recursos materiales de que dispongan los responsables del Sistema Nacional de Salud y las Consejerías respectivas de cara a la formación de médicos para una atención específica y realizar exploraciones. Dadas las patologías de las mujeres mutiladas, una formación intercultural y comunicativa que posibilite la comprensión, la relación y la empatía con este tipo de situaciones, es esencial. El tratamiento explícito de la MGF es delicado, puesto que, para estas sociedades, temas como el sexo, la sexualidad y la

mujer son tabú. Sin embargo, en la práctica estas cuestiones son vitales para la prevención de la MGF y para abordar la educación en salud sexual y reproductiva de la mujer en este contexto. De igual modo, es esencial la presencia de profesionales formados en MGF tanto en los centros educativos, en los servicios sociales, en los centros de acogida de inmigrantes, como en los cuerpos policiales y los estamentos judiciales, procurando la coordinación y cooperación entre todos de cara a posibilitar un seguimiento de la situación de las poblaciones inmigrantes de origen africano.

La sanción penal debe ser el último recurso; antes debe haberse promovido y fomentado diversas medidas de información, educación e integración social. Si únicamente se emplea la vía penal, el efecto negativo sobre las comunidades de inmigrantes practicantes de la MGF se incrementa: aumenta su clandestinidad para evitar el castigo, hay menor control sanitario y se dificulta el proceso de integración social, se estigmatiza a los inmigrantes; estas comunidades pueden sentirse atacadas en algo fundamental de su cultura e identidad si no hay más explicación que el castigo penal. No debe olvidarse que, para algunas sociedades, la MGF proporciona a las niñas y las mujeres que se someten a ella, unos beneficios sociales imprescindibles en el día a día de su comunidad. Si quienes la consideran necesaria no entienden por qué deberían abandonarla, la seguirán practicando a pesar de que sea ilegal.

¿Hasta qué punto el encarcelamiento de los padres contribuye a proteger a las menores? ¿Qué pasa con las niñas cuando los padres son condenados? Para evitar la ruptura del vínculo familiar de la menor debido al encarcelamiento de los padres, podría establecerse una pena distinta a la de prisión, como por ejemplo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, centrados en programas específicos de información sobre la MGF, así como en el tratamiento de cada caso de MGF de la manera más específica y concreta posible. De este modo, el trabajo y la intervención de profesionales de todas las áreas implicadas se centrarían en que las familias comprendan lo que implica la MGF desde todos los ámbitos (sanitario, jurídico, social, cultural, etc.). Si de verdad se quiere erradicar esta práctica, se debe velar por la protección de la menor además de poner en marcha medidas sociales y educativas. La menor es el elemento hacia el que hay que focalizar las acciones y objetivos de la lucha contra la MGF. El modelo punitivo no solo no focaliza sobre la prevención, sino que tiene unas consecuencias muy negativas para la niña víctima: además de que se la priva de sus padres, se la recluye en un entorno ajeno a su ámbito familiar, social y cultural. La mayoría de las veces son los padres quienes responden ante la justicia por la MGF de sus hijas. Además, las mujeres que realizan la intervención son muy difíciles de localizar, todo el mundo guarda muy bien el secreto. Resulta más fácil exigirles responsabilidades a los padres.

Desde nuestro punto de vista, no nos parece adecuado que las mujeres, precisamente víctimas del delito de la MGF, se conviertan en las únicas responsables del delito de MGF. Como podemos observar en nuestro caso, se procede a responsabilizar del delito a la madre de la menor, pero en ningún caso al padre. Es muy difícil probar la implicación de los padres en la MGF, pues suelen alegar desconocimiento sobre estas prácticas que suelen ser “cosa de mujeres”. Además, desde nuestro punto de vista, la MGF no es solamente un tema femenino. La mayoría de los hombres de las sociedades en que se practica la MGF, no saben nada sobre el asunto porque nunca se han interesado por ello; tradicionalmente entienden que su deber es cumplir con las tradiciones y con los preceptos religiosos. Así, piensan que

como la MGF es un asunto de mujeres, intervenir en este tema sería una falta de respeto hacia ellas. La falta de respeto se considera una falta grave en casi todas las culturas africanas, por lo que se cree que quien rompe las reglas será perseguido por la desgracia durante el resto de su vida. Si se pretende la erradicación de la MGF, se necesita el apoyo y colaboración de los hombres. Uno de los orígenes del problema de la MGF es precisamente la falta de comunicación entre mujeres y hombres. En muchas sociedades de África, las mujeres son un tema tabú. Dependiendo de la sociedad en que estas mujeres vivan, la MGF estará marcada por determinadas ideas: que contraiga matrimonio, que se convierta en miembro de la sociedad, que no contraiga enfermedades, que su esposo no se vuelva impotente o que sus hijos no enfermen. Las mujeres no estarán en condiciones de oponerse hasta que no tengan acceso a la educación y a la independencia económica.

Por otra parte, consideramos que existe una insuficiente información sobre la ley penal aplicada a los casos de MGF. Aunque el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento (a no ser que la ley establezca otra consecuencia), la insuficiente información sobre la misma y su inaccesibilidad debe ser solventada a través de los servicios sociales, los mediadores interculturales y los centros educativos y sanitarios. La divulgación y la accesibilidad de información sobre estas prácticas, resulta imprescindible para la disuasión; por ello estos organismos deben recibir la formación y el apoyo material lo más completo y actualizados posible. Para la efectividad real de la aplicación penal, consideramos fundamental el acceso a la información y educación sobre la legislación aplicable.

¿Existe una respuesta del Derecho Penal frente a la MGF? consideramos que, con la reforma introducida por la L.O. se buscaba no solo la punición de la MGF sino también una medida de integración social de los extranjeros. Sin embargo, a partir de 2014, la legislación española ha optado por un modelo punitivo frente a un modelo preventivo, que, en los últimos años, se ha ido compensando con la activación de protocolos de actuación conjunta, consiguiendo finalmente la aprobación de un protocolo estatal en 2015. Aunque los protocolos permiten la inclusión de la MGF como forma de violencia de género abordándose desde todos los ámbitos sociales - desde el jurídico hasta el sanitario-, lo ideal sería la creación de un protocolo específico para la MGF, de manera que se atiendan las necesidades específicas y los riesgos que supone la realización de esta práctica. A nivel internacional, se ha conseguido un importante avance en la definición y regulación de la MGF. Las agencias de Naciones Unidas (OMS, UNICEF, UNFPA, etc.), y la UE han llevado a cabo un constante trabajo y esfuerzo en el objetivo de la erradicación de la MGF ya sea por la vía de fomento de legislación específica bien mediante la implantación de programas preventivos y de educación. No obstante, estas prácticas no han cesado por completo y se siguen practicando en multitud de países, a pesar de la información, prevención y legislación existente, bien porque muchos de esos países no consideran a la MGF como una práctica dañina bien porque arraiga en ellos el importante peso de la tradición y la llevan a cabo en la clandestinidad, poniendo en peligro la vida de las menores.

Mutilación Genital Femenina realizada en el extranjero.

Comentario a la Sentencia 9/2013, de 4 de abril, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

ANEXO I: RESPUESTA INTERNACIONAL A LA MUTILACION GENITAL FEMENINA

La extensión de la MGF a los países occidentales ha generado el inicio de un proceso de reacción y la lucha contra esta práctica. La comunidad internacional ha entendido tradicionalmente que, esta práctica, atenta contra los derechos de las mujeres y las niñas y ha reaccionado consecuentemente a esto desde diversos ámbitos: social, político, y, fundamentalmente, jurídico. Hasta hace relativamente poco, principios de los años 90, las organizaciones internacionales que, actualmente, lideran el movimiento por los derechos humanos y la comunidad internacional, no han prestado la atención que necesitaba esta cuestión. Activistas, médicos, profesionales docentes y organizaciones internacionales, entre otros expertos en esta cuestión, consideran que existía cierto “miedo a una supuesta intromisión cultural o quizás por dejadez ante un problema que se prefería relegar a la esfera de una intimidad mal entendida”. Instituciones y organismos de la ONU como UNICEF y la OMS, entre otros, han llevado la iniciativa en la denuncia de la MGF no solo promoviendo la información y la educación para erradicar esta práctica, sino instando a los Estados y a los organismos internacionales a que adopten todo tipo de medidas (jurídicas y sociales) que contribuyan a la lucha contra la MGF a nivel internacional.³¹

Partiendo de este contexto, la comunidad internacional, a través de la Unión Europea (UE) y de diversas agencias de Naciones Unidas (OMS, UNICEF, UNFPA³²...), se ha pronunciado en diferentes foros, convenciones y declaraciones contra la MGF, pues la considera una práctica que atenta contra los derechos humanos, los derechos de las mujeres y los de las niñas. A partir de estas resoluciones internacionales, la mayoría de países occidentales han desarrollado leyes específicas. Algunos gobiernos africanos han prohibido estas prácticas ancestrales, aprobando en sus parlamentos leyes sancionadoras, entre ellos: Senegal, Burkina Faso, Mali, Ghana y Mauritania, aunque es cierto que, de momento, no existe una legislación unificada al respecto.

Aunque hasta el momento el impacto de estas legislaciones sobre la reducción de la prevalencia de mujeres que han sufrido MGF es aún reducido³³, el hecho de legislar es un avance importante en el reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los gobiernos, permitiendo la creación de un marco jurídico desde el que poder actuar³⁴.

I. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

A nivel internacional, la legislación contra la MGF comienza a plantearse hacia 1946. En este año, la ONU crea la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. Esta comisión redacta, en 1967, la primera Declaración sobre la Eliminación de la

³¹ Roper Carrasco, J.: *El Derecho Penal Español ante la Mutilación Genital Femenina*, Diario La Ley, 26 septiembre 2001, Madrid

³² Fondo de Población de Naciones Unidas

³³ Por ejemplo, en el caso de Etiopía, existe una prevalencia del 85% aunque la propia Constitución prohíbe la práctica. Igualmente, la República de Guinea fue el primer país africano en legislar la mutilación genital femenina en 1985, pero el 93% de mujeres y niñas siguen siendo mutiladas.

³⁴ Ver Anexo II: Tabla 1

Discriminación contra la Mujer. Sin embargo, las primeras bases para abordar legislativamente la prohibición de esta práctica se sitúan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en las medidas que se van adoptando a lo largo de los años posteriores para abordar la situación general de discriminación de las mujeres. Durante esos años, se van creando y desarrollando, a nivel internacional (fundamentalmente en EE.UU. y Europa, pero también en América del Sur y África), diferentes grupos de mujeres y organizaciones feministas en defensa de la igualdad y libertad para las mujeres.

Será de manos de la ONU, cuando el año 1975 es considerado como el Año Internacional de la Mujer, dando comienzo al Decenio de la Mujer: 1975-1985. En este contexto, el 18 de diciembre de 1979 se aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer³⁵. Esta Convención fue fundamental para fomentar la preocupación por la MGF ya que, de modo muy genérico, el art. 5 sentó las bases para la posterior regulación de las mutilaciones genitales femeninas al establecer que los Estados partes *“tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”*. Además, el Art. 17 reguló la creación de un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer – CEDAW– de cara a examinar los informes presentados por los Estados parte y emitir recomendaciones. La misión principal de CEDAW era recomendar a los Estados firmantes la adopción de medidas y la promulgación o derogación de leyes encaminadas a luchar contra la discriminación de las mujeres.

Ya en el año 1990, con la Recomendación 14/1990 CEDAW se abordó, de manera específica, la continuación de la práctica de la circuncisión femenina y otras prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer, recomendando a los Estados parte que adoptaran medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicarlas, entre las que señalaba: *“Recopilar y difundir los datos básicos sobre esas prácticas tradicionales por las universidades, las asociaciones de médicos o de enfermeras, las organizaciones nacionales de mujeres y otros organismos; Prestar apoyo –a nivel nacional y local– a las organizaciones de mujeres que trabajan en favor de su eliminación; Alentar a los políticos, profesionales, dirigentes religiosos y comunitarios en todos los niveles, entre ellos, los medios de difusión y las artes para que contribuyan a modificar el modo de pensar respecto de la erradicación de la circuncisión femenina; y Organizar programas y seminarios adecuados de enseñanza y de capacitación basados en los resultados de las investigaciones sobre los problemas que produce la circuncisión femenina.”* Esta recomendación proponía a los Estados incluir estrategias y programas en sus políticas nacionales de salud para erradicar estas circuncisiones de manera que también sus Gobiernos facilitaran informes al Comité y solicitaran el asesoramiento de las organizaciones que forman parte del sistema de las Naciones Unidas. Sin embargo, no se incluía ningún mecanismo jurídico por el que cualquier prohibición que se adoptara pudiera ser legalmente sancionada. Esto no ocurrió hasta 1999, momento en que se aprobó el Protocolo de la Convención, entrando en vigor en el año 2000. Cabe destacar que no todos los firmantes de CEDAW lo son del Protocolo, este es el caso de la mayoría de los países africanos. De ahí el caso de que un país determinado cuente con una

³⁵ En vigor en 1981

prohibición legal en cuanto a la mutilación genital, pero, en la práctica, tenga una alta prevalencia en MGF.

Otro de los tratados importantes a la hora de regular la prohibición de la MGF es la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Este tratado tiene como objetivo la erradicación de la MGF y obliga a los Estados a “*adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños*”. En 1997, se celebró la reunión para las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño, en la que se ordenaba explícitamente la aprobación, por parte de los Gobiernos, de cara a abolir la MGF por vulnerar los derechos de la infancia.

En 1993, con la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (artículo 18), se establece que “*Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (...). La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas.*” Además, ese mismo año con la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de la ONU se aprobó la Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer. Los arts. 2 y 4 abordan, respectivamente, tanto la referencia a la MGF como una práctica violenta contra la mujer como el imperativo legal a los estados miembros de las Naciones Unidas de que deben condenar esta violencia sin invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla.

En 1995 se convocó, en Beijing, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. Esta conferencia fue la más influyente de todas las conferencias mundiales sobre la mujer. Las 180 delegaciones gubernamentales y las 2.500 organizaciones no gubernamentales, analizaron multitud de temas relacionados con los derechos de las mujeres. Se incluyeron, igualmente, recomendaciones a los Estados “*a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y modificar los comportamientos sociales y culturales dirigidos a acabar con prejuicios y prácticas lesivas para las personas.*”. Ese mismo año, la OMS define la MGF en los siguientes términos: “*La MGF comprende todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos y otras lesiones de los órganos genitales femeninos por motivos no médicos. No tiene ningún efecto beneficioso para la salud y perjudica de formas muy variadas a las mujeres y las niñas. Como implica la resección y daño del tejido genital femenino normal y sano, interfiere con la función natural del organismo femenino. Es una práctica muy dolorosa que tiene varias consecuencias inmediatas y a largo plazo para la salud, entre las que se encuentran las dificultades para el parto, con los consiguientes peligros para el bebé.*”

En 1999, cabe destacar un Manual de la OMS denominado *Female genital mutilation: Programmes to date: what works and what doesn't. A review*³⁶. En él se revisan las regulaciones legales de esta práctica en los diferentes Estados y su grado de implantación, los tipos de mutilaciones que se practican y cuál es su regulación legal. Aunque este manual no tuvo un carácter vinculante, era un documento público capaz de dañar la imagen de los Estados, obligándoles a tomar medidas de mejora de la prevención de la MGF. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la

³⁶ *Programas a fecha: lo que funciona y lo que no. Una revisión.*

Salud (OMS) ha sido uno de los organismos que ha desarrollado una mayor labor para condenar y erradicar la práctica de las mutilaciones genitales femeninas, buscando el apoyo de aquellos Estados donde se encuentran más arraigadas –a pesar de la habitual inestabilidad política que sufren muchos de estos países, en especial, los africanos– para tratar de que sean sus propios gobiernos quienes eduquen a la población, desterrando esta brutal costumbre, incompatible con la dignidad humana, y revisen su ordenamiento jurídico para aplicar –y hacer cumplir– la legislación que protege a las niñas y mujeres ante esta inaceptable forma de violencia.

En el año 2001, la Resolución sobre MGF (2001/2035 (INI)), de 20 de septiembre, del Parlamento Europeo, insta a la Comisión Europea, al Consejo de Europa y a los Estados miembros a que tomen medidas para la protección de las víctimas de esta práctica y se les reconozca el derecho de asilo a las mujeres y niñas que están en riesgo de ser sometidas a la misma.

En 2002, ACNUR publica las Directrices sobre Protección Internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiado y/o su Protocolo de 1967. Este documento establece que *“Las solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar, planificación familiar forzada, MGF, castigo por transgredir los valores y costumbres morales y discriminación contra los homosexuales”*, definiendo todas estas formas de violencia como persecución. Además, establece que *“Incluso aunque un Estado determinado haya prohibido una práctica persecutoria (por ejemplo, la MGF), también podría ser, sin embargo, que continúe tolerando o condonando dicha práctica, o no estar en condiciones de detenerla eficazmente. En tales casos, la práctica equivaldría a persecución. El hecho de que una ley haya sido promulgada para prohibir o denunciar ciertas prácticas persecutorias no será fundamento suficiente para determinar la invalidez de la solicitud de la condición de refugiada de la persona.”*

En todo caso, cabe tener en cuenta que, la mayoría de las comunidades de inmigrantes que llegan a Europa y otros países, manteniendo estas prácticas en sus nuevos países de residencia, son del continente africano; el Art. 5 del Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África, de 11 de julio de 2003, establece que *los Estados Partes prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo: La creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante la información, la educación formal e informal y programas de divulgación; La prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de MGF, escarificación, medicalización y paramedicalización de la MGF y toda otra práctica con el fin de erradicarlas; La prestación del apoyo necesario a las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicios de salud, apoyo jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes; La protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos e intolerancia.*

El Plan de acción para la Eliminación de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales para la Salud de la Mujer y del Niño de 22 de julio de 2004 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (párrafo 43) reconocía que *“La violencia contra las mujeres y las niñas es un fenómeno mundial que pasa las fronteras geográficas, culturales y políticas y varía tan sólo en sus manifestaciones y en su gravedad. La violencia sexista ha existido desde tiempo inmemorial y sigue existiendo en la actualidad. Adopta formas ocultas y abiertas que implican abusos físicos y mentales. La violencia contra la mujer (que incluye la mutilación genital, la inmolación por fuego de la esposa, las violencias relacionadas con la dote, la violación, el incesto, el golpeamiento de la esposa, el feticidio y el infanticidio femeninos, el tráfico y la prostitución) es una violación de los derechos humanos y no sólo una cuestión ética. Tiene graves consecuencias negativas en el desarrollo económico y social de la mujer y de la sociedad, y es una expresión de una subordinación social de la mujer por razón de su sexo.”* Por lo tanto, este Plan de acción reconoce que la MGF no sólo es una violación de los derechos humanos sino también de la dignidad ética.

Según el documento *Cambiar una convención social perjudicial: la Mutilación Genital Femenina*, publicado por UNICEF en 2006 en *África y Oriente Medio*, muchos países han introducido legislaciones específicas, por ley o por decreto, para enfrentarse a la Mutilación Genital Femenina. Entre éstos se incluyen Benin (2003), Burkina Faso (1996), República Centroafricana (1966), Costa de Marfil (1998), Yibuti (1995), Egipto (1996), Ghana (1994), Guinea (1965, actualizada en 2002), Kenia (2001), Níger (2003), Senegal (1999), Tanzania (1998) y Togo (1998). En algunos casos, la práctica está prohibida por la Constitución nacional. Por ejemplo, en Etiopía, la Constitución de 1994 prohíbe explícitamente las prácticas tradicionales perjudiciales, incluidas aquellas que oprimen a las mujeres y les causan daños físicos o mentales. Las Constituciones de Ghana, Guinea y Uganda contienen prohibiciones similares. En otra serie de países, incluidos Chad, Malí y Níger, la MGF se trata en el contexto de la ley penal como una vulneración de derechos.

Cabe destacar la Resolución WHA61.16 de la Asamblea Mundial de la Salud sobre la MGF de 24 de mayo de 2008, que insiste sobre la necesidad de una acción concertada en sectores como el educativo, finanzas, justicia y asuntos de la mujer, así como en el sector de la salud, involucrando a los actores de la prevención, es decir, desde los Gobiernos y Organismos internacionales hasta Organizaciones no gubernamentales; fomentando que los Estados miembros aceleren las actividades dirigidas a suministrar información y a educar para entender las dimensiones de género, salud y derechos humanos de la MGF.

Finalmente, cabe destacar en este contexto, el Suplemento sobre prácticas perjudiciales de la ONU-Mujeres de 2010. En él se recomendó a los Estados miembros de las Naciones Unidas que definieran la MGF dentro de su legislación interna como todo procedimiento, realizado dentro o fuera de una institución médica, que suponga la ablación total o parcial de los genitales externos femeninos o cualquier otra intervención en los órganos genitales femeninos que no responda a motivos médicos. Sin embargo, según la ONU, una de las dificultades es que aún hay muchos países que no han incluido en sus ordenamientos jurídicos una definición específica de la MGF. Esta definición se entiende como fundamental para los objetivos tanto de persecución y punición de los autores como de protección a las víctimas. Por ese motivo, expone cuatro recomendaciones desde un punto de vista normativo: “1. *La legislación no debe*

distinguir entre los distintos tipos de MGF con el objetivo de establecer las penas aplicables; 2. Especificar con claridad que los acusados de MGF no pueden esgrimir en su descargo el consentimiento de la víctima; 3. Tipificar como delito específico el acto de realizar una MGF; 4. Imponer las penas más severas aplicables en los casos de delitos contra la infancia a los autores.”³⁷

En 2012, se publica la Resolución A/RES/67/146 de la Asamblea General de Naciones Unidas, para la intensificación de los esfuerzos mundiales para la eliminación de la MGF. Con ella se pretende conseguir un llamamiento a mejorar las campañas de sensibilización y tomar medidas concretas contra la MGF y a seguir observando el 6 de febrero como el Día Internacional de la Tolerancia Cero contra esta práctica.

En julio de 2013, UNICEF publica el Informe “*Mutilación/ablación genital femenina: Resumen estadístico y exploración de la dinámica cambio*” es la más amplia recopilación de datos y análisis sobre esta cuestión hasta la fecha. A lo largo de los años, se ha conseguido un importante avance en la definición y regulación de la MGF a nivel internacional. No obstante, estas prácticas no han cesado por completo y se siguen practicando en multitud de países, a pesar de la información, prevención y legislación existente, bien porque muchos de esos países no consideran a la MGF como una práctica dañina bien porque arraiga en ellos el importante peso de la tradición y la llevan a cabo en la clandestinidad, poniendo en peligro la vida de las menores. Aunque algunos países han abandonado casi totalmente la mutilación genital femenina, en otros sigue siendo una práctica común, a pesar de los peligros que supone para la salud, la existencia de leyes y los esfuerzos de gobiernos y ONG dirigidos a persuadir a las comunidades. UNICEF insiste en el arraigado sentido de obligación y presión social que favorece la continuidad de la MGF, unido a la falta de una comunicación sobre un tema tan sensible y privado como la MGF. El informe demuestra que, en la actualidad, las niñas tienen menos probabilidades de sufrir esta práctica que hace treinta años, y que el apoyo a la mutilación genital está disminuyendo incluso en países donde su incidencia es casi total, como Egipto y Sudán. Según las encuestas del informe de UNICEF, no solo las niñas y las mujeres están en contra de la práctica, sino que cada vez más hombres y niños se oponen a ella. En países como Chad, Guinea y Sierra Leona, más hombres que mujeres desean que se ponga fin a la mutilación genital femenina. El informe destaca que la educación desempeña una función vital en el cambio social, de hecho, las hijas de madres con niveles educativos más altos tienen menor riesgo de ser víctimas de MGF, contribuyendo a la escolarización a que las niñas establezcan vínculos con otras personas que se oponen a la mutilación genital.

II. LEGISLACIÓN EUROPEA

Tal y como argumenta la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, que modificó la L.O. del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF, el fenómeno de las mutilaciones genitales femeninas afectó a Europa debido, fundamentalmente, a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor. De ahí que los Estados miembros de la UE tuvieran que adoptar medidas legislativas para hacer frente a

³⁷ Además, pone como ejemplo la Ley 3 de 2003 sobre la represión de la práctica de la mutilación genital femenina de la República de Benin, al adoptar esta ciertos enfoques dando una definición exhaustiva de la mutilación genital femenina.

una situación que iba en contra del derecho a la integridad personal física y mental, reconocido en sus ordenamientos jurídicos como un derecho fundamental.

Es a partir de 2001 con la aprobación de la Resolución 1247 del Consejo de Europa (CdE) cuando la UE, explícitamente, se compromete con la erradicación de la MGF. A través de esta Resolución, se insta a los Estados miembro la promulgación de legislaciones específicas de prohibición y de la MGF y de flexibilidad en la concesión de asilo a posibles víctimas. Dado que la MGF es una práctica inhumana y degradante, formaría parte de las prohibiciones del Derecho Internacional. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, desarrolló dos importantes documentos: un informe del 3 de mayo que pidió la prohibición de las MGF al considerarlas un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y la resolución 1247 (2001), de 22 de mayo, en la que solicitó a los Estados miembros que promulgaran una legislación específica que prohibiera la mutilación genital, declarándola como una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de las víctimas.

Igualmente, en 2001, el Parlamento Europeo reconoce la realización de MGF de menores residentes en países europeos, a causa del factor migratorio. Este organismo aprobó una resolución 2001/2035, de 20 de septiembre sobre las mutilaciones genitales femeninas, señalando que, *a pesar de la dificultad de realizar estimaciones precisas por la falta de datos oficiales, según la OMS, diversas ONG y distintas investigaciones, estas prácticas se realizan al menos en 25 países africanos, en algunos países asiáticos (Indonesia, Malasia) y en el Oriente Próximo (Yemen, Emiratos Árabes Unidos, Egipto); que se ha constatado que en los EEUU, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Europa (según algunas fuentes, el número de víctimas se acerca a 60.000 y a 20.000 el número de mujeres en situación de riesgo) también se llevan a cabo mutilaciones genitales femeninas en el seno de comunidades inmigrantes de esos países (...) que aproximadamente en la mitad de los 25 a 30 países africanos en que se practica la MGF se han promulgado diversas leyes que condenan dicha práctica en parte o por entero, pero que éstas no se aplican.*

Será en el año 2007 cuando la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa vuelva a pronunciarse sobre esta materia en dos nuevas resoluciones: en primer lugar, con la Resolución 2007/2093, de 16 de enero de 2008, estableciendo las prioridades en las estrategias europeas relacionadas con los derechos de los niños, para instar a los Estados miembros a que *“apliquen medidas legales específicas sobre la MGF o a que adopten leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo actos de mutilación genital”*. En segundo lugar, con la Resolución 2008/2071, de 24 de marzo de 2009, que abordaba directamente la lucha contra la MGF en la UE, una violencia contra las mujeres *“que surge de estructuras sociales basadas en la desigualdad entre los sexos y en relaciones desequilibradas de poder, dominación y control, en las que la presión social y familiar está en el origen de la violación de un derecho fundamental como es el respeto de la integridad de la persona”*. Además, esta Resolución informa sobre que, cada año, alrededor de 180.000 mujeres emigradas a Europa son sometidas o corren el riesgo de ser sometidas a MGF. Como sabemos, las MGF constituyen una violación de los derechos de las mujeres y de las niñas sancionados por varios convenios internacionales, están prohibidas en la legislación penal de los Estados miembros y violan los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Europa hay unas 500 000 mujeres afectadas por la MGF, que es una práctica habitual entre las familias de inmigrantes y refugiados y que para practicarla incluso se envía a las niñas a su país de origen. En el párrafo 28 de la resolución

2008/2071 se pidió a los Estados miembros de la Unión Europea que adapten su legislación a esta nueva situación partiendo de la consideración como delito de cualquier MGF, independientemente de que la mujer afectada haya otorgado o no algún tipo de consentimiento, así como que se castigue a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo a una persona para que realice cualquiera de estos actos sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña. En segundo lugar, que los Estados persigan, procesen y castiguen penalmente a cualquier residente que haya cometido el delito de MGF, aunque el delito se haya cometido fuera de sus fronteras (extraterritorialidad del delito). Finalmente, que aprueben medidas legislativas que otorguen a los jueces o fiscales la posibilidad de adoptar medidas cautelares y preventivas si tienen conocimiento de casos de mujeres o niñas en situación de riesgo de ser mutilada. Cuando se aprueba esa Resolución, algunos países europeos ya contaban con algún tipo de legislación que prohibía la MGF. Pero los legisladores europeos decidieron adoptar planteamientos diferentes, partiendo de: en primer lugar, la regulación penal general existente y prohibiendo la MGF asimilándola a un delito de lesiones, daños físicos y/o abuso de menores. Esta forma se adopta en Finlandia, Francia³⁸, Alemania, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo y Portugal. En segundo lugar, promulgando una legislación especial para perseguir la MGF mediante una normativa nueva, como se ha hecho en Suecia, Noruega y Reino Unido³⁹. Finalmente, modificando la legislación existente, adaptando los respectivos códigos penales para incluir una referencia específica al delito de MGF. Esta forma se adopta en Bélgica (2001), Austria (2002), Dinamarca (2003), España (2003) e Italia (2006).

Las diferencias en el modo de legislar para prohibir la práctica de la MGF han promovido diversos debates sobre si era o no conveniente optar por una ley especial que tuviera en consideración los valores culturales de esta práctica, como en los casos de Gran Bretaña y Suecia, o limitarse a aplicar el Derecho común, como en Francia, dejando a cada magistratura la valoración de las distintas implicaciones a la hora de imponer la sanción individual que corresponda. Las diferencias entre los casos respondían a diferentes concepciones sobre la gestión de las políticas públicas respecto a la población de origen en el seno de cada sociedad. Como es lógico, las implicaciones culturales de esta práctica y la amplia casuística que implica, hace que su criminalización sea, en la mayor parte de los casos, problemática. Uno de los ejemplos de esta problemática, se dio en Francia con el juicio, en 1989, contra Forfana Dalla Traoré, nacional de Mali, acusada de haber practicado la escisión a su hija recién nacida. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés, *“la ablación de clítoris debe considerarse una mutilación”* y, por ello, según el art. 312.3 CP era una práctica punible con cadena perpetua para los padres que sean autores de mutilaciones de miembros y 20 años de prisión en caso de complicidad. En el juicio contra Forfana, se debatieron ciertos aspectos: que la acusada no hablaba francés, solo soninké, por lo que no conocía ni las leyes ni otras personas francesas que pudieran informarle. Además, tenía otros cinco hijos cuyo cuidado dependía de ella. Se puso de manifiesto que, debido a la variedad de prácticas de MGF según etnias y significados, era evidente la imposibilidad de hablar de un solo tipo de delito, así como la dificultad de limitar sus consecuencias al aspecto médico, pues se trata de una práctica imprescindible para ser considerada mujer y poder optar al matrimonio en algunas sociedades. De ello se derivan aspectos relativos a la importancia de esta práctica para la posición social de la mujer y del esposo y para evitar el aislamiento social por

³⁸ Francia, no tiene legislación especial para la prohibición de la MGF y fue uno de los primeros países en tener que dirimir jurídicamente casos de práctica de MGF en hijas de familias africanas inmigradas.

³⁹ Suecia y Reino Unido fueron pioneros en el desarrollo de una legislación específica para la prohibición de la MGF en 1982 y 1985, respectivamente.

incumplir una norma consuetudinaria y religiosa. Para la acusación, lo principal era proteger el interés de la niña, salvaguardando su integridad física y psíquica, pero no quedaba claro cuál era el interés de la víctima, teniendo en cuenta que la estancia en Francia podía ser transitoria y, si se reintegraba a la comunidad de origen, el aislamiento social podía ser mayor que el daño de la escisión. Por no citar su situación si la madre era condenada a 20 años de cárcel por cómplice del hecho. Además, se mostraron las diferencias entre la cultura europea (y las mujeres europeas) y la africana (y el de las mujeres africanas). De ahí que se enfrentaran dos concepciones del Derecho completamente antagónicas: una de ellas, represiva y que buscaba la aplicación rigurosa de la ley penal como medio principal para la resolución del caso; y otra, promocional, que fomentaba las campañas de información, de educación y asistencia social en Francia y en los países africanos de origen.

En los últimos años, el debate se ha incrementado respecto a revisar la conveniencia de promulgar un texto legislativo específico (como en Gran Bretaña, Suecia y Noruega) de cara a extrapolar la cuestión del ámbito jurídico al político, informado públicamente sobre su significado cultural, y teniendo en cuenta sus peculiaridades y casuística. Todo ello partiendo de que, a nivel de inmigrados extracomunitarios, la norma efectiva que se desprende de la ley se desarrolla no solo a nivel jurídico, sino también administrativo y social. Así, una normativa *ad hoc* tendría la ventaja de poder imponer sanciones menos severas y más proporcionadas a la gravedad y circunstancias de un delito cuya comisión no tiene las mismas consecuencias según su grado.

Aunque en ambos bloques de países se da una base jurídica distinta, en ambos se mantiene la defensa del derecho de la niña a la integridad personal y la condena de la MGF como práctica discriminatoria y criminal, así como la defensa de la punición a los responsables. No obstante, cada una de las dos opciones jurídicas, tiene diferentes implicaciones políticas y reflejan dos planteamientos distintos (uno más universalista e individualista y el otro más comunitarista y pluralista) para afrontar la inmigración y el pluralismo cultural.

Finalmente, conviene destacar el Art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2007, que proclama que *Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*; un derecho que fue *una de las innovaciones introducidas en el catálogo de derechos fundamentales con la adopción de la Carta de Niza de 2000*. La UE *no se limitó a rechazar la tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes*⁴⁰ *sino que (...) afirmó el derecho a la integridad física y mental de las personas, acompañando además esta afirmación de un segundo apartado referido a la medicina y la biología*; es decir, el carácter novedoso de la Carta europea consistió en referirse a este derecho con un carácter general.

La OMS calcula que alrededor de 140 millones de mujeres y niñas en todo el mundo han sufrido la mutilación genital, la mayor parte en África y Oriente Próximo. Según una resolución del Parlamento Europeo de 2012, al menos medio millón de mujeres que viven en la UE han sido víctimas de mutilación genital y 180.000 corren el riesgo de sufrirla durante estancias en países donde se practican. Cada año, miles de mujeres y niñas de países en los que se ejecutan mutilaciones genitales femeninas piden asilo en Europa. La MGF es perseguible en todos los Estados miembros de la UE, ya sea

⁴⁰ Que era lo habitual en otros textos internacionales como, por ejemplo, el Art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; o el Art. 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos—

mediante legislación penal general o a través de disposiciones de Derecho penal específicas. Normalmente se incluye el principio de extraterritorialidad, que ofrece la posibilidad de perseguir la MGF cometida en el extranjero, si la víctima o las personas que realizan o planifican el procedimiento son nacionales del país que realiza la investigación. A pesar de esto, los casos penales relacionados con la MGF que llegan a los tribunales son poco frecuentes, debido principalmente a la reticencia de las víctimas a presentar denuncias. Existe también una falta de servicios con la suficiente experiencia y conocimientos para apoyar a las víctimas. La normativa sobre el secreto profesional, así como la ausencia de mecanismos para remitir a las niñas en situación de riesgo o que hayan sufrido MGF a los servicios de apoyo también son un obstáculo para un seguimiento adecuado de las víctimas. La legislación, el procesamiento efectivo y la condena de los padres y culpables son elementos disuasorios esenciales para que los padres dejen de mutilar a sus hijas y se opongan a la presión social de las familias y comunidades.

III. LEGISLACIÓN EN ÁFRICA

En África, se han firmado numerosos tratados generales que constituyen un marco a partir del cual se desarrollarán leyes más concretas relativas a la prohibición de la MGF. En 1981, se firma la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida también como Carta de Banjul, y que se ocupa de los Derechos Humanos en general. Su artículo 18.3 exige que los Estados garanticen la eliminación de toda discriminación de la mujer y la protección de sus derechos y de los de la infancia, tal como marcan las declaraciones y convenios internacionales. Será en 1990 cuando se firme La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, en paralelo a la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal y como afirma el art. 21.1, dicha Carta exige que los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana *“adopten medidas para erradicar prácticas sociales y culturales nocivas que afecten al bienestar, la dignidad, el crecimiento y el desarrollo de los niños y, en particular, las costumbres perjudiciales para la salud y las discriminaciones por razón de sexo o condición.”*

En 2003, con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativa a los Derechos de la Mujer (también conocida como Protocolo de Maputo), se establece que los Estados parte prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Se tomarán, igualmente, todas las medidas legislativas y de cualquier tipo que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo: la creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante la información, la educación formal e informal y programas de divulgación; la prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de MGF, escarificación, medicalización y para-medicalización de la MGF y de toda otra práctica, con el fin de erradicarlas; la prestación del apoyo necesario a las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicios de salud, apoyo jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes; la protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos e intolerancia. En ese mismo año, se firma la Declaración de El Cairo para la eliminación de la Mutilación Genital Femenina, en la que se reconoce que la erradicación solo se logrará mediante un enfoque integral que promueva un cambio de

conducta y usando las medidas legislativas como una herramienta fundamental.

Sin embargo, son muchos los países africanos y de Oriente Medio que han venido promulgando o adaptando legislaciones que prohíben la MGF, lo que no significa que sean realmente efectivas. En ellos, tenemos los ejemplos de Sudán (1941); Sierra Leona (1953); Guinea (1965, actualizada en 2002); República Centroafricana (1966); Somalia (1978); Kenia (1982/2001); Liberia (1984); República de Guinea (1985); Ghana (1994); Yibuti (1995); Burkina Faso (1996); Egipto (1996, por Decreto Ministerial); Tanzania (1998), Togo (1998); Costa de Marfil (1998); Senegal (1999); Mauritania (2001); Benín (2003); Níger (2003); Eritrea (2007); Egipto (2008); Uganda (2010); Nigeria (2015).

ANEXO II. LA LUCHA CONTRA LA MGF: CASO EGIPTO

I. SITUACIÓN DE PARTIDA: EL ISLAM

La justificación más extendida de la MGF, pero a la vez, la más difícil de combatir, es la que la vincula a la religión. Aunque la MGF está extendida en países tanto cristianos como musulmanes, en estos últimos se justifican bajo la *Sharía* o ley islámica para defender esta práctica. Sin embargo, aunque algunos predicadores invocan al islam para autorizar la mutilación, en el Corán no existe ningún versículo que defienda y/o justifique la MGF. De hecho, la MGF es un fenómeno preislámico⁴¹. Además, cabe destacar que el islam prescribe la integridad física de la mujer, considerando el cuerpo femenino como un regalo de Dios⁴². Igualmente prescribe que la mujer musulmana tiene derecho a una vida sexual, es más, una vida sexual insatisfecha es motivo de divorcio para la mujer. Tampoco existe, en el islam, animosidad contra el placer y, cabe destacar que, el Profeta – considerado un ejemplo para todos los musulmanes- nunca mutiló a sus hijas.

Hablar del islam como responsable de la práctica de la MGF es muy complicado, ya que no hay una concepción única del islam. Entonces, ¿cómo se explica que la MGF se practique principalmente en los países musulmanes? Hay que tener en cuenta que el islam no está estructurado del mismo modo que, por ejemplo, el cristianismo. En el islam no hay ningún Papa o arzobispo que dicte normas de comportamiento de validez general, sino que lo que hay son escuelas de pensamiento conservadoras, avanzadas, fundamentalistas y progresistas que interpretan el islam a su manera. De ahí que no se pueda afirmar que el islam es el responsable de la MGF. Aunque gran parte de la sociedad piensa que los líderes religiosos del islam, los ulemas, y que la mayoría de imanes no se pronuncian públicamente contra la ablación, el tema de la MGF se discute cada vez más y con más intensidad dentro del islam. No obstante, es cierto que, al no existir ninguna institución superior que prescriba cómo ha de interpretarse el Corán, los esfuerzos por erradicar la MGF en el islam se ven obstaculizados. El Corán, por tanto, no tiene la culpa de la que MGF se practique en países islámicos, aunque la religión es, desde luego, un responsable importante. El islam es la segunda comunidad religiosa en el mundo después del cristianismo. El 20% de la población mundial profesan la fe musulmana. Incluso en la UE, los musulmanes constituyen una comunidad enorme: en Francia, 6 millones de musulmanes (10% de la población total); en Alemania: 3.200.000 musulmanes (cifra duplicada en 20 años); en Reino Unido, 2.000.000; en España: 700.000 y en Austria: 340.000.

Como sabemos, el islam es una religión monoteísta cuyo Dios es Alá. Sus revelaciones fueron recogidas en el Corán y, juntas, conforman una colección de más de seis mil versos (no son relatos como en la Biblia, sino parábolas, sentencias y alabanzas que dejan mucho espacio para la interpretación). Además, todos los

⁴¹ Según algunos estudios, la MGF es muy anterior al islam. De hecho, se sitúa su origen en el antiguo Egipto. Es probable que las sociedades primitivas que recibieron el Corán trataran de buscar en la religión argumentos bajo los que justificar tradiciones culturales anteriores. La falta de una autoridad doctrinal en el islam ha fomentado la difusión del mito.

⁴² Por ello, por ejemplo, la cirugía estética está prohibida.

musulmanes están sometidos a 5 dogmas o pilares del islam: 1) han de creer en Alá como su único Dios y reconocer a Mahoma como su Profeta, 2) orar cinco veces al día, 3) pagar limosna o *Zakat* (2,5% del ingreso anual de cada creyente), 4) observar el ayuno en el Ramadán 5) y hacer un viaje de peregrinación a La Meca una vez en su vida. El islam permite a los hombres tener 4 mujeres, pero a condición de que todas ellas sean tratadas con la misma bondad y justicia. El sexo dentro del matrimonio complace a Dios y fuera del matrimonio está prohibido. Los hombres y las mujeres son iguales ante Alá. En la tierra, sin embargo, la mujer ha de obedecer al hombre. El fundador de la religión fue el profeta Mahoma, nacido en La Meca en el año 570. Alá se comunicó con él a través del arcángel Gabriel en muchos encuentros nocturnos a lo largo de veinte años. Dado que Mahoma era analfabeto, dictó las revelaciones a sus discípulos. Inmediatamente después de la muerte del Profeta, en el 632, sus apuntes fueron recopilados, corregidos y divididos en 114 capítulos o suras, que carecen de orden cronológico y temático.

Volviendo a nuestra temática, los teólogos que defienden la práctica de la MGF lo hacen en base a una larga tradición, pues mientras que la circuncisión masculina es una obligación en el islam, la femenina no, aunque sí está reconocida como una práctica tradicional. El Corán es la fuente más importante de las leyes islámicas. La segunda en importancia son los Hadices, que describen la vida del profeta Mahoma y contienen muchas recomendaciones que se constituyen como la guía del comportamiento personal y social de un musulmán. Lo que dicen los Hadices es *Sunna*, por tanto, recomendado, pero no impuesto. Los Hadices tienen diferente “fuerza”: los que rigen con más fuerza son aquellos que han sido transmitidos por musulmanes íntegros y cuya cadena de transmisión puede remontarse hasta el mismo profeta. Si la cadena presenta lagunas o existen dudas acerca de la seriedad de uno solo de los transmisores, el hadiz es débil. Los Hadices que tratan la MGF (*jafd* en árabe) son tres y son, todos ellos, considerados dudosos. El primero se ocupa de la higiene tras el acto sexual, el segundo del alcance de la ablación⁴³. Este último expone, además, el “Relato de la practicante de la ablación”, según el cual el Profeta prohíbe la infibulación (o ablación faraónica) y recomienda, “*cuando sea inevitable*”, la escisión (que consiste en la ablación de los labios genitales y el clítoris), según reza al menos una interpretación. El hadiz cita al profeta diciendo que “no hay que exagerar” la ablación y “no se debe destruir totalmente”. De ahí derivan muchos muftís (doctores de la ley) islamistas la prohibición de la infibulación, aunque algunos interpretan también que la escisión es recomendada. En cambio, otros doctores de la ley islámicos opinan que el hadiz no recomienda la ablación, sino solo limita su magnitud, pues en ninguna parte se menciona que las mujeres han de ser circuncidadas. En el tercer hadiz se califica a la ablación femenina de *makrumah*, es decir, noble y recomendable para las mujeres musulmanas. Los sabios no se ponen de acuerdo sobre si este tercer hadiz ha de clasificarse asimismo como “débil”.

Los Hadices son transmitidos boca a boca y de generación en generación antes de haber sido perpetuados en el Corán. Por ello se investiga a fondo si aquellos que han transmitido el hadiz son fiables. Se investiga desde hace siglos y es una parte muy importante de los estudios islámicos. Se procura averiguar quiénes fueron transmisores, se investiga su vida y se comprueba si su relato es plausible. Cuando existe una duda sobre la seriedad de los transmisores, el hadiz se considera débil y no

⁴³ “*Cuando circuncides a una mujer no cortes demasiado de su miembro, para que tenga la cara más luminosa y sea más amistosa con su marido*”

rige como derecho islámico. Los Hadices sobre la MGF son débiles. Pero, ¿qué significa eso en la práctica? ¿Es un juicio definitivo o hay eruditos del islam que se remiten a los Hadices? Tras la muerte de Mahoma se formaron cuatro escuelas de pensamiento diferentes. Discípulos y compañeros del profeta trataron de apuntar todo lo que su maestro había dicho y hecho. No obstante, como es natural, adoptaron un poco sus enseñanzas a las circunstancias y las costumbres de las distintas regiones en que habían enseñado y vivido. Una de esas escuelas recomienda la ablación de las mujeres, y está muy extendida en amplias regiones de África, aunque también en Asia, especialmente en Malasia e Indonesia.

Además del Corán y de los Hadices, existen otras fuentes del derecho islámico: la jurisprudencia (*iytihad*), que se compone de la *ichmá* (consenso universal o unanimidad de opinión de los expertos en la interpretación de la ley) y la *quiyás* (analogía). Pero realmente, en la práctica, no existe consenso: algunos ven la MGF como obligatoria, otros como recomendada, y muchos muftís opinan que hay que disuadir a los creyentes de practicarla. Dado que no existe ni una legislación clara ni un consenso, los sabios islámicos tienen que encontrar una analogía y extraer conclusiones de las leyes existentes. Los principios de la integridad o inviolabilidad física (*hurma*) y la prohibición de causar lesiones (la *darar wa la dirar*). El Tribunal Supremo de Egipto basó en el segundo principio la argumentación de su sentencia sobre la prohibición de la MGF en 1997, otros muftís dicen que la MGF afecta el derecho de la mujer a la integridad e inviolabilidad física.

A este respecto y, contradiciendo la creencia de que la MGF está respaldada por el Corán, la máxima autoridad religiosa a nivel nacional en Egipto, la Universidad de *al-Azhar*, emitió una *fatwa* (un dictamen) que establecía que la MGF no estaba, en ningún caso, relacionada con el islam. Esto dio pie a su prohibición, que estudiaremos a continuación, en el año 2008.

II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN EGIPTO

En el caso de Egipto, el porcentaje de mujeres que la han sufrido es tan elevado en la comunidad musulmana como en la cristiana. La MGF no es una especialidad islámica en Egipto, los cristianos coptos se pronunciaron durante un tiempo a favor de la MGF. Había incluso sacerdotes coptos que denegaban el bautismo si una niña no estaba mutilada. Posteriormente, la Iglesia copta se ha declarado de manera clara contra la MGF. Las diferencias tienden a ser de tipo geográfico (entre las zonas urbanas y rurales) y también de tipo socio-económico (siendo de menor incidencia en las clases sociales más altas).

Las primeras regulaciones de la MGF en Egipto, datan de 1959, mediante una ley que prohibía realizar estas prácticas en hospitales públicos. Posteriormente, hacia 1990, se produjo un cambio legislativo que levantó la prohibición de la ley de 1959. Después de haber estado teóricamente prohibida la mutilación genital por el decreto ministerial de 1959, fueron permitidas algunas formas menores de intervención. La práctica de la MGF continuó y, en 1994, el Ministro de Salud decretó que la MGF debía llevarse a cabo en los hospitales públicos en un determinado día de la semana y

por personal médico especializado, solamente en los casos en que éstos no hubieran podido convencer a los padres de abstenerse de realizarla. De ahí que el número de mutilaciones genitales realizadas por personal médico en Egipto aumentara notablemente (actualmente cerca de un 80% de las MGF las realiza un médico). Ante esta situación, el rechazo internacional y las protestas elevadas al Gobierno ante la medicalización de tales prácticas se hicieron patentes, de ahí que, al poco tiempo, se derogara dicho decreto.

Fue en 1996, cuando el Ministro de Salud y Población prohibió la MGF, excepto en el supuesto de indicación médica, que debía realizarse bajo la autorización del Jefe del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital público o privado.

Sin embargo, este decreto fue recurrido por sectores del fundamentalismo islámico y por médicos que apoyaban la MGF. De hecho, el tribunal administrativo correspondiente declaró la inconstitucionalidad del decreto ministerial, pero, la apelación posterior al Tribunal Superior volvió a autorizar la vigencia del decreto en diciembre de 1998. Además, otro de los problemas fue que todos estos cambios legislativos no se acompañaron en ningún momento de campañas de concienciación y sensibilización sobre la MGF, por lo que, durante estos años apenas se redujo el porcentaje de MGF realizadas. Algo similar ocurrió en junio de 2008 cuando el Parlamento egipcio decidió tipificar la MGF en el Código Penal. Entonces, se decidió castigar la realización de estas prácticas con una pena de prisión entre tres meses y dos años o, alternativamente, con una multa de entre 1.000 y 5.000 libras egipcias. De igual modo, la ley de menores incluyó la formación de Comités de Protección de Menores con diferentes niveles nacionales de cara a identificar, apoyar y supervisar a los niños en peligro de abuso, incluyendo niñas bajo riesgo de mutilación genital.

Ya en el año 2007, el Ministerio de Sanidad egipcio, publicó un decreto en 2007 según el cual prohibía realizar la MGF por profesionales médicos, en hospitales gubernamentales o no gubernamentales. Con este decreto, se anulaba, por tanto, el anterior de 1996 según el cual sí se permitían estas prácticas. Fue también en 2007 cuando *Ali Gomaa* publicó un dictamen según el cual condenaba la MGF y, a su vez, el Consejo Supremo de *Azhar* para la Investigación Islámica publicó una declaración explicando que la MGF no tiene base alguna en la Sharía.

En el año 2008, la MGF se tipificó como delito en el código penal egipcio. La realización de la MGF está castigada por el código penal con penas que van desde tres meses a dos años de cárcel o multas de hasta 5.000 libras egipcias (550 euros), mientras que el homicidio involuntario conlleva una pena de prisión de hasta cinco años y multas de hasta 500 libras egipcias (55 euros). Adicionalmente, para ayudar en la ejecución de la legislación llevada a cabo, Egipto fue anfitrión, en 2008, de la reunión regional denominada “Cairo Declaration+5”. Esta conferencia no fue sino una continuación a la reunión en El Cairo en 2003 y dio como resultado un documento sobre la MGF titulado “La Declaración de El Cairo para la Eliminación de la MGF”. Dos de los objetivos principales de la conferencia eran llevar a cabo las recomendaciones de la conferencia accesible y lanzar una campaña internacional que captara la atención mundial sobre la MGF.

En septiembre de 2012, ginecólogos egipcios y la unión de obstetricias lanzaron una declaración según la cual, la MGF no es un procedimiento médico y no está incluida en ningún plan de estudios médicos como una práctica que debiera ser prevenida por lo que la ley no ofrece la protección a los médicos que la practican.

III. INSTRUMENTOS DE LUCHA

Como venimos desarrollando a lo largo de nuestro documento, los principales instrumentos de lucha contra la MGF es la intervención penal y la prevención y sensibilización de la población. A este respecto, en este aspecto de prevención y sensibilización, es donde las ONG's están actuando de manera muy impactante. Aunque por lo general la actuación de las organizaciones humanitarias no suele ser lo bastante fuerte como para atacar el problema de MGF de frente, en Egipto, las ONG's son un actor esencial a la hora de implantar programas de sensibilización y campañas contra este tipo de prácticas. De hecho, gracias a una ONG se ha podido sentar en el banquillo al padre una menor que falleció como consecuencia de una fallida mutilada y al médico que la realizó.

En este contexto, cabe destacar el programa UNFPA-UNICEF. En colaboración con la ONU, el gobierno nacional ha implantado, desde el año 2008, un plan nacional que implica a varios Ministerios y a la fiscalía para luchar contra la práctica de la MGF: el Programa Conjunto UNFPA-UNICEF⁴⁴ para acelerar el abandono de la MGF. Este programa conjunto ha participado en una amplia gama de áreas como la reforma de la legislación, investigación y análisis de datos, el desarrollo de la capacidad y formación del personal médico y trabajadores médicos, así como el compromiso directo con las comunidades locales y líderes religiosos.

En 2014, el Programa Conjunto del UNFPA-UNICEF puso en marcha una segunda fase, esto es, la expansión de su trabajo a diecisiete países. El Programa Conjunto está trabajando estrechamente con el Ministerio de Salud para abordar el problema creciente de la medicalización, el refuerzo de la ley prohibición de MGF y la movilización de los cambios sociales a nivel de la comunidad.

Por otra parte, el Programa Conjunto UNFPA-UNICEF para acelerar el abandono de la MGF, tiene nueve objetivos principales, a saber:

- Promulgación y el cumplimiento efectivo de la legislación contra la MGF.
- La difusión del conocimiento de las dinámicas socio-culturales de la MGF.
- La colaboración con socios clave del desarrollo mundial sobre un marco común para el abandono de la MGF.
- Información y divulgación de los datos basados en la evidencia para la programación y políticas.
- Consolidación de las asociaciones existentes y la creación de nuevas asociaciones.
- La expansión de las redes de líderes religiosos que abogan por el abandono de la MGF.
- Campañas de medios de difusión destacando proceso de abandono de la MGF en África subsahariana, Sudán y Egipto.
- Una mejor integración de las implicaciones de la práctica MGF en las estrategias de salud reproductiva.

⁴⁴ Fondo de Población de Naciones Unidas, creado en 1969 con el objetivo de que “*las mujeres y los jóvenes puedan llevar vidas sanas y productivas*”, asegurando que cada embarazo sea deseado y apoyando tanto a la salud materna como a las personas jóvenes en alcanzar su pleno desarrollo.

Este programa conjunto también es compatible con el Programa Nacional contra la MGF y con el programa de Empoderamiento Familiar llevado a cabo por el Consejo Nacional de Población, apoyado por el Consejo Nacional de Población en la implementación de la Estrategia Nacional (2014-2018).

Desde su creación en 2008, el Programa Conjunto del UNFPA y UNICEF sobre la MGF en Egipto ha apoyado varias iniciativas y programas a nivel de distritos, comunidades y, también, a nivel nacional. Ha contribuido, igualmente, a la elaboración de datos y estadísticas basados en la evidencia, los mecanismos de vigilancia y documentos de guía. Entre las actividades que la UNFPA ha estado implementado en Egipto como parte del programa conjunto para ayudar a la eliminación de la práctica de la MGF en Egipto destacan:

La política y la aplicación de la ley

En apoyo al Consejo Nacional de Población en la implementación de la Estrategia Nacional para combatir la MGF (2014-2018). En cuanto a la creación de capacidad de los agentes de aplicación de la ley sobre la MGF, el UNFPA en colaboración con la oficina del Fiscal General desarrolló un programa de capacitación para fiscales sobre la MGF a finales de 2014. En 2015, la formación se amplió para incluir a expertos forenses y jueces. El objetivo de la formación es sensibilizar sobre todas las cuestiones relacionadas con la MGF y determinar las deficiencias en los procesos judiciales en curso, así como de los descuidos administrativos que dificultan el litigio de casos relevantes de acuerdo a la penalización de la MGF prevista en el Código Penal. La UNFPA considera esencial dar las herramientas adecuadas a estos profesionales para hacer cumplir la ley personal y evitar caer en vacíos legales de cualquier tipo.

La lucha contra la medicalización de la MGF

El UNFPA ha prestado apoyo al Ministerio de Salud y Población y los esfuerzos del Consejo Nacional de Población en los esfuerzos contra la medicalización. En primer lugar, ha prestado apoyo aumentando la capacidad de los proveedores de servicios sanitarios en todas las unidades de atención primaria de salud. En 2013 el UNFPA, en colaboración con el Ministerio de Salud y Población, celebró unos talleres y aseguró el compromiso del personal médico en las unidades de atención primaria y hospitales públicos en las provincias con mayor prevalencia de MGF. El objetivo principal del UNFPA era ofrecer asesoramiento e información eficaz, promoviendo mensajes contra la MGF. En segundo lugar, UNFPA también apoyó la segunda fase del programa de trabajadores rurales del Ministerio de Salud y Población con el objetivo de llegar a un número total de 12.000 agentes de extensión. El UNFPA también apoyó el programa de formación de más de 350 trabajadores de extensión en colaboración con el Programa Nacional para el Empoderamiento y abandono de la MGF del Consejo Nacional de Población.

La construcción de consenso en las comunidades:

Trabajando con los líderes religiosos musulmanes y cristianos mejorando para convencer a las comunidades y las familias (a través de sermones, mensajes difundidos, enseñanzas y asesoramiento familiar) a abandonar la violencia contra las mujeres y las niñas, con especial atención a la MGF. La oficina de UNFPA Egipto en colaboración con el Centro Islámico Internacional para Estudios de Población e Investigación (IISPSR) trabaja en la participación de líderes religiosos en los esfuerzos de desarrollo sobre las cuestiones de salud materna y la violencia basada en género, incluyendo la MGF. En el pasado, el UNFPA también apoyó al Programa Nacional contra la MGF y a una coalición de ONG's contra la MGF para organizar una serie de talleres para reforzar la capacidad de los imanes y predicadores sobre la lucha contra la violencia de género, con especial atención a la MGF. De otro lado, es esencial el fortalecimiento de un modelo basado en la escuela multisectorial, siendo el desarrollo de las niñas el punto más importante de la intervención, centrándose en su educación y bienestar, al mismo tiempo que se sensibiliza sobre la MGF a padres, maestros y líderes de la comunidad religiosa. Por otro lado, el UNFPA es socio de *Noon Creative Enterprise*, y llevan a cabo un espectáculo de teatro interactivo en la calle sobre la temática de la MGF. Este espectáculo se llama *Hara TV III* y ha sido realizado a nivel nacional con el objetivo de realizar sketches cómicos en las calles de las comunidades de todo el país para fomentar el debate –y la duda– sobre la necesidad de la MGF. El teatro aborda la temática de la MGF dirigida específicamente a las niñas, quienes tienen que ilustrar las fases de su infancia en una comunidad conservadora de Egipto, incluyendo la presión social que sienten las madres respecto de la MGF que deben realizar a sus hijas. El público puede participar después del espectáculo en un debate. Esto ha dado resultados muy positivos, pues se crea un debate abierto a cuestiones sensibles como la sexualidad y los problemas conyugales. Cabe destacar que, en cooperación con otras agencias de Naciones Unidas, el UNFPA ha puesto en marcha una campaña de televisión nacional "ENOUGH FGM", difundida en la televisión nacional y en las redes sociales hasta finales de 2015.

IV. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL

Según la ONU, de las más de 125 millones de niñas y mujeres que se han sometido hoy en día en el mundo a la práctica de la MGF y han sobrevivido, una de cada cuatro vive en Egipto⁴⁵. De ahí que, cuando hablamos de la MGF, nos refiramos a Egipto como la capital del mundo de la MGF. En los años anteriores a la prohibición de la MGF en Egipto, datos oficiales de UNICEF mostraban que el 97% de las mujeres egipcias con edades comprendidas entre 15 y 49 años habían sufrido la mutilación genital.

La MGF sigue estando muy extendida en gran parte del norte y del este de África, si bien es cierto que, cada vez más condenada. Sin embargo, la historia reciente de la práctica en Egipto presenta desafíos especiales para los que tratan de acabar con ella. Desde la prohibición de 2008, según un informe del gobierno egipcio publicado

⁴⁵ UNICEF: *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*.

en mayo, el porcentaje de mujeres egipcias con edades comprendidas entre 15 y 49 años habían sufrido la mutilación genital se había reducido al 92%. Por lo tanto, aunque ha habido cierta mejora, la práctica de la MGF sigue siendo la norma en Egipto, pues ese 92% corresponde a que más de 27 millones de mujeres y niñas han sido sometidas a la mutilación genital en este país. Estos datos colocan a Egipto en el primer lugar entre los 29 países en los que esta práctica se esconde bajo la apariencia de tradición religiosa, tanto cristiana como musulmana⁴⁶.

Según datos de la ONU correspondientes al año 2008, a pesar de que la MGF es una práctica legalmente prohibida, en las zonas rurales se realiza prácticamente al 100% de las mujeres. La ONU clasifica la MGF en tres tipos diferentes: el primero, que es el menos agresivo, consiste en la ablación del clítoris. El segundo, es el más habitual en Egipto y consiste en la extracción del clítoris y de los labios interiores de la vagina. Y el tercero, consiste en la extracción del clítoris y de los labios interiores y exteriores de la vagina, dejando luego la vagina sellada, excepto por un orificio para que salga la orina.

Sin embargo, cabe destacar que, en los últimos años, se están haciendo progresos. El porcentaje de niñas entre 15 y 17 años que han sido sometidas al procedimiento se ha reducido del 74,4% en 2008 al 61% en 2014. Este dato se configura, por tanto, como una clara señal de que la campaña egipcia para acabar con la MGF está funcionando⁴⁷. En este tramo de edad ha habido una disminución de la prevalencia de MGF en las últimas tres décadas. A pesar de ello, todavía no todos los países han progresado y el peso de la disminución ha sido muy desigual entre países. Hay que tener en cuenta que el actual progreso es insuficiente para mantener el crecimiento de la población a largo plazo. Si esta tendencia continua, el número de mujeres que sufren la MGF aumentará significativamente en los próximos 15 años.

Por otro lado, como ya hemos comentado, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2014, el 92% de las mujeres casadas con egipcios entre las edades de 15 y 49 han sufrido MGF, el 72% por ciento de ellas por los médicos. A pesar de que se ha producido un cambio positivo en las actitudes de las mujeres acerca de la circuncisión, todavía existe un amplio apoyo para la continuación de la MGF en Egipto. La Encuesta Nacional de Demografía y Salud 2008 mostró que el 63% de las mujeres de 15-49 años cree que la práctica debe continuar. La MGF es parte del tejido social de la comunidad egipcia y es en algunos casos es defendida por las creencias asociadas con la religión.

La lucha para erradicar la MGF en Egipto se está desplegando a través de diversas fuentes: desde los tribunales hasta los lugares de culto, pasando por las ciudades y barrios de mayor riesgo. En enero de 2015, un médico fue condenado por cargos relacionados con el fallecimiento de una menor de trece años durante la intervención de mutilación genital. Con esta condena, se ha producido recientemente la primera condena de este tipo desde que la prohibición de 2008 entró en vigor. En este caso, fueron condenados tanto el médico como el padre de la niña de 13 años fallecida por MGF. Una ONG internacional consiguió reactivar un proceso que los

⁴⁶ United Nations Children's Fund: *Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern* [en línea], UNICEF, New York, 2016. Disponible en web: http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD%282%29.pdf

⁴⁷ Ver Anexo II: Figura 1

tribunales egipcios, habían decidido archivar en 2014, después de que el informe médico oficial señalara que la menor había perdido la vida en una operación de cirugía para tratarle unas verrugas genitales, tesis que siempre ha defendido el médico. Ante ello, el padre de la menor denunció al doctor, pero luego se retractó y declaró de acuerdo a la versión del primer forense. Desde entonces, el caso se ha mantenido archivado hasta que esta ONG ha conseguido sentar, por primera vez, en el banquillo el pasado mayo, al padre de la menor y al médico que realizó la intervención, ambos acusados de la muerte de la joven. El 26 de enero de 2015, el tribunal de apelación de *Mansoura* revocó la sentencia de 2014 de las instancias inferiores y condenó al médico a dos años de cárcel por homicidio involuntario y a otros tres meses por efectuar una MGF. El padre de la menor fue condenado a una pena suspendida de tres meses de cárcel, de conformidad con la ley que prohíbe la MGF. La clínica del médico condenado, donde se practicó la mutilación, ha sido clausurada durante un año. Este se trata, por tanto, del primer juicio por MGF en Egipto y, por ello, tiene una importancia vital, pues Egipto es el país con el mayor número de mujeres y niñas afectadas en todo el mundo. En un país donde la MGF está muy extendida, es muy significativo que se haya condenado a un profesional de la medicina. Con esta sentencia, Egipto da un gran paso en la lucha contra la MGF. Desde las asociaciones e instituciones que trabajan para la prevención y lucha contra la MGF, se espera que esta decisión suponga un importante paso adelante para erradicar esta violación extrema de los derechos humanos y, en especial, de la MGF tanto a nivel nacional como internacional.

El veredicto fue una victoria para la campaña contra la MGF, así como para los movimientos femeninos en Egipto. No obstante, aunque por primera vez se ha dado una condena firme y clara contra la mutilación genital, cabe destacar que, cuando se trata de la ley, demasiados médicos todavía están dispuestos a recibir el dinero de las familias y mirar hacia otro lado ignorando la problemática moral, física y sexual que entraña la práctica de la MGF. La realidad es que, a pesar de los avances y la lucha iniciada, la MGF está lejos de ser erradicada. De hecho, en términos de práctica de MGF, Egipto “lidera” la clasificación mundial por delante de Etiopía o Nigeria. Una de cada cinco mutiladas reside en Egipto, según UNICEF y un total de 27,2 millones de mujeres -el 92% de las egipcias en edad fértil- han sido víctimas de esta terrible costumbre. En todo el planeta, más de 125 millones de féminas han padecido la misma tortura.

En toda esta temática, hay un último factor esencial a tener en cuenta en Egipto: el factor político-ideológico. Ante la lucha contra la MGF se une también la lucha contra a la ideología de los Hermanos Musulmanes en este tema. Aunque, tras la revuelta que forzó la salida del poder del expresidente Mubarak, los Hermanos Musulmanes condenaron públicamente la práctica de la MGF, algunos de sus líderes se han venido mostrando favorables a revisar la legislación. Es cierto que los Hermanos Musulmanes han sido desalojados del poder por el golpe de Estado del pasado julio, pero siguen siendo un sector político muy influyente en el país y, en el tema de la mutilación genital, consideran que la circuncisión femenina es una práctica islámica que reduce la libido de las mujeres, preserva su virginidad hasta el matrimonio y erradica cualquier tentación de infidelidad tras el enlace nupcial. Ante esta situación, la ONU ha organizado en 2015 una reunión con la Sociedad Egipcia de Ginecología en la que se denunciaba el amago de retroceso que los ultraconservadores han convertido ya en litigio judicial.

Finalmente, conviene destacar que, desde 2014 DAESH ha venido realizando declaraciones mostrándose a favor de la MGF, de hecho, en julio de ese año, DAESH ordenó la ablación de todas las mujeres entre 11 y 46 años en las zonas que controlaba en Irak. En la *fatwa*, el líder del DAESH y autoproclamado califa *Abu Bakr al Bagdadi*, exige que se lleve a cabo la ablación para "*alejar a las mujeres del libertinaje y la inmoralidad*" de cara a promover actitudes islámicas. La gravedad del asunto, radica en que la práctica de la MGF es algo muy nuevo en Irak, pues la ablación de clítoris era casi inexistente en Irak, reducida a algunas zonas de Erbil y Suleimaniya, en Kurdistán. Consideramos que este último aspecto comentado es importante porque, ante al avance y la dimensión que está adquiriendo DAESH en estos últimos años, es muy probable que, con actitudes como la anteriormente comentada, la lucha contra la MGF se vea expuesta a un riesgo evidente y su práctica se vea fomentada y expandida.

ANEXO III: TABLAS Y FIGURAS

TABLA 1: Legislación de la MGF en el África Subsahariana: 24 de los 29 países donde la práctica está presente han emitido legislaciones específicas.

Benin	2003
Burkina Faso	1996
Central African Republic	1966, 1996*
Chad	2003
Côte d'Ivoire	1998
Djibouti	1995, 2009*
Egypt	2008
Eritrea	2007
Ethiopia	2004
Ghana	1994, 2007*
Guinea	1965, 2000*
Guinea-Bissau	2011
Iraq (Kurdistan region)	2011
Kenya	2001, 2011*
Mauritania	2005
Niger	2003
Nigeria (some states)	1999-2006
Senegal	1999
Somalia	2012
Sudan (some states)	2008-2009
Togo	1998
Uganda	2010
United Republic of Tanzania	1998
Yemen	2001

Fuente: UNICEF (2013) *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*. UNICEF, Nueva York.

TABLA 2:

Prevalencia de la MGF en los Estados miembros de la UE

País	Año de publicación	Número de mujeres con MGF	Número de niñas que corren riesgo de MGF	Número de casos penales¹⁵
Bélgica	2011	6 260	1 975	
Dinamarca		Datos no disponibles		1
Alemania	2007	19 000	4 000	
Irlanda	2011	3 170	No disponible	
España		Datos no disponibles		6
Francia	2007	61 000	No disponible	29
Italia	2009	35 000	1 000	
Hungría	2012	170-350	No disponible	
Países Bajos	2013	29 210	40-50 cada año	
Suecia		Datos no disponibles		
Reino Unido	2007	65 790	30 000	

Fuente: EIGE 2013, a excepción de los Países Bajos: Exterkate2013 — La MGF en los Países Bajos. Prevalencia, incidencia y determinantes. Pharos — Centre of Expertise on Health for Migrants and Refugees.

TABLA 3: MEDIDAS LEGISLATIVAS RELATIVAS A LA MGF

ORGANISMO O PAÍS/REGIÓN	FECHA	INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y MEDIDAS POLÍTICAS, <i>(Las casillas coloreadas indican que durante esos años no se menciona todavía la MGF)</i>
NACIONES UNIDAS	1946	Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.
	1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos. Arts. 3, 5, 7, 8,12, 25 y 28.
	1959	Declaración de los Derechos del Niño. Basado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924. Principio 1, 2, 4, 6, 8, 9 y 10.
	1966	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Arts. 2, 7, 9, 17 y 24.
		Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preámb. Arts. 3 y 12.
	1975	Se declara el Año Internacional de la Mujer.
		Comienza el Decenio de la Mujer.
	1979 - 1981	Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Artº 2. f). Prevé que “los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres”. Recomendaciones generales 14, 19 y 24.
	1989	Convención sobre los Derechos del Niño. Obliga a los Estados a “Adoptar todas las medidas eficaces y Apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”. Arts. 16, 19 y 24.
	1990	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general 14 (9º período de sesiones, 1990). Recomienda que los Estados Partes “adopten medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar la práctica de la circuncisión femenina”, y ofrece varios ejemplos de medidas de esa índole.
	1992	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación Gral. 19 (11º periodo de sesiones).
	1993	La Asamblea General aprueba la Resolución 48/104 de 20 de diciembre, que incluye explícitamente la MGF como una práctica violenta hacia la mujer y, por lo tanto, la necesidad de luchar para erradicarla sin que los argumentos de la tradición, la costumbre o la religión sirvan a los Estados para eludir sus responsabilidades.
Viena. Conferencia Mundial de DDHH. Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (...) La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño (Sudán). Párr. 13.		
1994	Asamblea de la salud de la OMS. Resolución WHA47.10. Incluye la MGF como una práctica tradicional nociva para la salud de las mujeres y las niñas.	

	1995	IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing. Incluye recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y modificar los comportamientos sociales y culturales dirigidos a acabar con perjuicios y prácticas lesivas para las personas.
		La Organización Mundial de Salud (OMS) proporciona una definición sobre la MGF: La MGF comprende todos los procedimientos consistentes en la resección parcial o total de los genitales externos femeninos y otras lesiones de los órganos Genitales femeninos por motivos no médicos. No tiene ningún efecto beneficioso para la salud y perjudica de formas muy variadas a las mujeres y las niñas. Como implica la resección y daño del tejido genital femenino normal y sano, interfiere con la función natural del organismo femenino. Es una práctica muy dolorosa que tiene varias consecuencias inmediatas y a largo plazo para la salud, entre las que se encuentran las dificultades para el parto, con los consiguientes peligros para el bebé.
	1997	Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño (Togo), ordena explícitamente que los gobiernos deben aprobar legislaciones para abolir la MGF por vulnerar los derechos de la infancia. Párr. 24.
		Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño (Etiopía). Párr. 6.
	1998	Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General e Informes del Secretario General sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña: Informe del Secretario Gral. de 10 de septiembre de 1998, A/53/354, párr. 17-18.
	1999	La OMS publica un valioso Manual, <i>Genital Mutilation: Programmes to date: what works and what doesn't</i> , en el que se revisan las regulaciones legales sobre esta práctica en los diferentes Estados y el grado de implantación de las prácticas.
		Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 24 (20º periodo de sesiones, 1999)
	2000	Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (7 de febrero de 2000), A/RES/54/133.
	2001	Resolución del Parlamento Europeo sobre MGF, por la que se insta a la Comisión Europea, al Consejo de Europa, así como a los Estados miembros, a que tomen medidas para la protección de las víctimas de esta práctica y se les reconozca el derecho de asilo a las mujeres y niñas que están en riesgo de ser sometidas a la misma.
2002	Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución sobre prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña, sobre la base del informe de la Tercera Comisión (30 de enero de 2002), A/RES/56/128.	
2004	La Comisión de Derechos Humanos de la ONU publica su Plan de acción para la eliminación de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y el niño, que reconoce que la MFG es una violación de los derechos humanos y no sólo de la dignidad ética.	

	2007	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán párr. 15.
	2008	La Asamblea Mundial de la Salud insta a los Estados, a hacer una interpretación y una actuación más integral y holística de la MGF. Se requiere una acción concertada entre sectores como los de la educación, las finanzas, la justicia y los asuntos de la mujer, así como en el sector de la salud, y que se debe involucrar a protagonistas de índole muy diversa, desde gobiernos y organismos internacionales hasta organizaciones no gubernamentales
	2010	ONU Mujeres recomienda a los Estados miembros de las NNUU que incluyan la MGF dentro de su legislación interna, de acuerdo con la definición proporcionada por la OMS.
		La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer adopta una resolución titulada Eliminación de la mutilación genital femenina, E/CN.6/2010/L.8.
2012	El 20 de diciembre de 2012, la Asamblea General de NNUU aprobó la Resolución A/RES/67/146, en la que exhorta a los Estados, al sistema de la ONU, a la sociedad civil y a todas las partes implicadas a seguir observando el 6 de febrero como el Día Internacional de la Tolerancia Cero contra la MGF (art. 21), a mejorar las campañas de sensibilización y a tomar medidas concretas contra la MGF.	
ÁFRICA	1946	Sudán. La escisión y la infibulación están prohibidas oficialmente desde 1941 sin embargo la puesta en práctica del decreto es papel mojado y la mutilación continúa sigue siendo una práctica habitual y afecta alrededor del 90 % de mujeres sudanesas.
	1953	Sierra Leona. Varias mujeres de la sociedad secreta "Bundu" fueron condenadas a penas de prisión por haber practicado la escisión forzada.
	1965	Guinea. Se actualiza en 2002.
	1966	República Centroafricana. Se aprueba la Ley.
	1978	Somalia. Se aprueba la Ley.
	1979	Egipto. El Cairo. Conferencia de Jefes religiosos.
	1981	Carta Africana de los Derechos Humanos (Carta de Banjul). Pide garantizar la eliminación de toda discriminación contra la mujer y protección infancia. Arts. 4, 5, 16, 18.3 y 28.
	1982	Kenia. Se aprueba la Ley. Desde 2010, cualquier persona que participe en la MGF podrá ser condenada de 3 a 7 años de prisión y multa de 6.000 \$. La prevalencia ha descendido de 94,5% en 2005 a 64,3% en 2009 y 58,1% en 2010.
	1984	Liberia. Se aprueba la ley.
	1985	Nigeria. Fórum de Nairobi sobre el Islam y la MGF.
	1987	Burkina Faso. En 1996 se castiga con pena de cárcel.
	1990	Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. Correlato de la Convención sobre los Derechos del Niño. Arts. 3, 4.1, 5.2, 10 y 14.1. Exige medidas concretas a los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana.
	1994	Ghana. Su Constitución la prohíbe.

	Liberia. Tras un proceso una persona que practicó la escisión y varios miembros de la sociedad secreta "Vai Sande" fueron condenados al pago de 500 \$ a la familia de una joven mutilada por heridas infligidas por la fuerza y contra su voluntad.
	Sudán. Seminario en Khartoun sobre las prácticas que afectan a la salud de la madre o del niño.
1995	Yibuti. Se aprueba la Ley.
1996	Burkina Faso prevé una pena de cárcel y responsabilidades no solo para la persona que realiza la mutilación sino también para todos sus cómplices, la familia y quienes sujetan a la niña durante la operación.
1997	Egipto. Se aprueba la Ley.
1998	Costa de Marfil. Existe una ley desde 1998 pero cinco años más tarde de ser votada la ley no se habían pronunciado los decretos de aplicación y no se había planteado ninguna denuncia al respecto.
	Tanzania. El Parlamento reforma el Código Penal para prohibir la MGF. La pena es de prisión por 5 a 15 años y multa de 300.000 chelines.
	Togo. Se aprueba la Ley.
1999	Senegal. En Julio 1997 una treintena de mujeres se comprometen públicamente a combatir la mutilación sexual. Se conoce como "Pacto de Malicounda". Se aprueba la Ley en 1999.
	Declaración de Uagadugú del Taller Regional sobre la Lucha contra la MGF. Pide que los Estados miembros de la región de la Unión Económica y Monetaria de África Occidental (UEMOA) actúen como una "red para el diálogo, la armonización, la aplicación y el seguimiento de actividades conjuntas para combatir la MGF".
2001	Kenia. La Ley del Menor prohíbe la MGF.
	Mauritania.
2002	Guinea. Se actualiza la ley de 1965.
2003	Níger. La prohibición está en el contexto de la ley penal.
	Benín. Se aprueba la Ley.
	Protocolo de Maputo. Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer. Art. 4.
	Declaración de El Cairo para la eliminación de la MGF. Párrafo 1, párrafo 2.
	Constituciones que prohíben esas prácticas: Etiopía, Ghana, Uganda y Guinea.
2007	Eritrea.
2008	Egipto. Se promulga una ley que penaliza con 3 meses a dos años de prisión y multa de 940 € la práctica.
2009	Etiopía. Parlamentarias condenan l MGF.
2010	Uganda. 17 de marzo. La Constitución la prohíbe.
	Kenia. Se prohíbe explícitamente y se penaliza con prisión de 3 a 7 años y multa de 500.000 chelines kenianos.

	2015	Nigeria. El gobierno federal aprueba un proyecto de ley que penaliza cualquier extirpación, parcial o total, de los órganos sexuales femeninos, así como el abandono familiar sin responsabilidad económica por parte del hombre y otras prácticas tradicionales vinculadas a la violencia de género.
EUROPA	2001	El Consejo de Europa aprueba la Resolución 1247 del CE que pide a los Estados erradicar la práctica de la MGF por considerarla un trato inhumano y degradante, por lo tanto, quedaría también dentro de las prohibiciones del Derecho Internacional.
		Resolución A5-0285/2001 del Parlamento Europeo en la que reconoce que se están llevando a cabo MGF en países no originarios (Europa) debido a la diáspora migratoria.
	2006	Resolución de 2 de febrero de 2006 del Parlamento Europeo determina que, aunque no se menciona expresamente a la MGF en la Directiva 2004/83/CE/DEL CONSEJO, dicha práctica quedaría incluida dentro de los actos de violencia sexual. Señala que los inmigrantes residentes en la UE deberían saber que la MGF es una grave agresión contra la salud de las mujeres y una violación de los DDHH; pide, en este contexto, a la Comisión, que elabore un enfoque estratégico global a nivel europeo con vistas a poner fin a la práctica de la MGF en la Unión Europea.
	2007	El Artº. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la integridad física y psíquica. Por lo tanto, la MGF es una violación del derecho fundamental en cualquier Estado de la Unión Europea.
	2008	Resolución 2007/2093, de 16 de enero de 2008, que insta a los Estados miembros a que apliquen medidas legales específicas sobre la MGF o a que adopten leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo actos de mutilación genital.
	2009	Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la MGF practicada en la UE (2008/2071(INI)) condena toda forma o grado de MGF.
	2011	Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, o Convenio de Estambul.
	2014	Convenio de Estambul. Entra en vigor el 1 de agosto. Art. 38.
Informe para la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI) de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género con recomendaciones		
Países que prohíben la MGF con la legislación existente como delito de lesiones.	1983 -1993	Finlandia, Francia (1983), Suiza (1983), Alemania, Grecia, Holanda (1993), Irlanda, Luxemburgo o Portugal.
	1982	Suecia.

FUENTE: Evolución y estado de la legislación sobre la MGF en los organismos internacionales, Europa, África y España (2015)

TABLA 4: MESAS DE PREVENCIÓN DE LA MGF.

Mesas de MGF promovidas por la Generalitat	
Funciones:	
1.	A nivel organizativo: establecer un protocolo municipalizado.
2.	A nivel de trabajo comunitario: promover la sensibilización, la información y formación tanto del colectivo de profesionales, como del colectivos procedente de los 28 países que practican la MGF. Además de poner en conocimiento de las mesa las acciones de sensibilización que se estén llevando a cabo en el territorio.
3.	A nivel de seguimiento de protocolo: Seguimiento de casos que presenten algún tipo de dificultad especial de resolución y que puedan pedir modificaciones del protocolo, medidas para instancias superiores.
4.	A nivel de seguimiento de casos: [...] se trabajan aquellos sucesos que se identifican como factor de riesgo. Se debe identificar que casos son y como se han resuelto [...]

FUENTE: MANGAS, A. [2011-2015] "Una mirada caleidoscópica de la MGF en Cataluña. Departamento de Antropología Social y Cultural de la UAB. [Tesis en curso]. A partir del trabajo de campo y de OLLER. I. (2012) "La prevenció de la MGF a través del treball comunitari". Universitat de Girona. Trabajo prácticum para la licenciatura de pedagogía. [No publicado, policopiado, 144 páginas].

FIGURA 1: Porcentaje de mujeres entre 15 y 49 años que han sufrido la MGF y disminución del porcentaje de prevalencia de mujeres entre 15 y 49 años que han sufrido la MGF en diferentes países: Burkina Faso, Egipto, Kenia, Liberia y Togo.

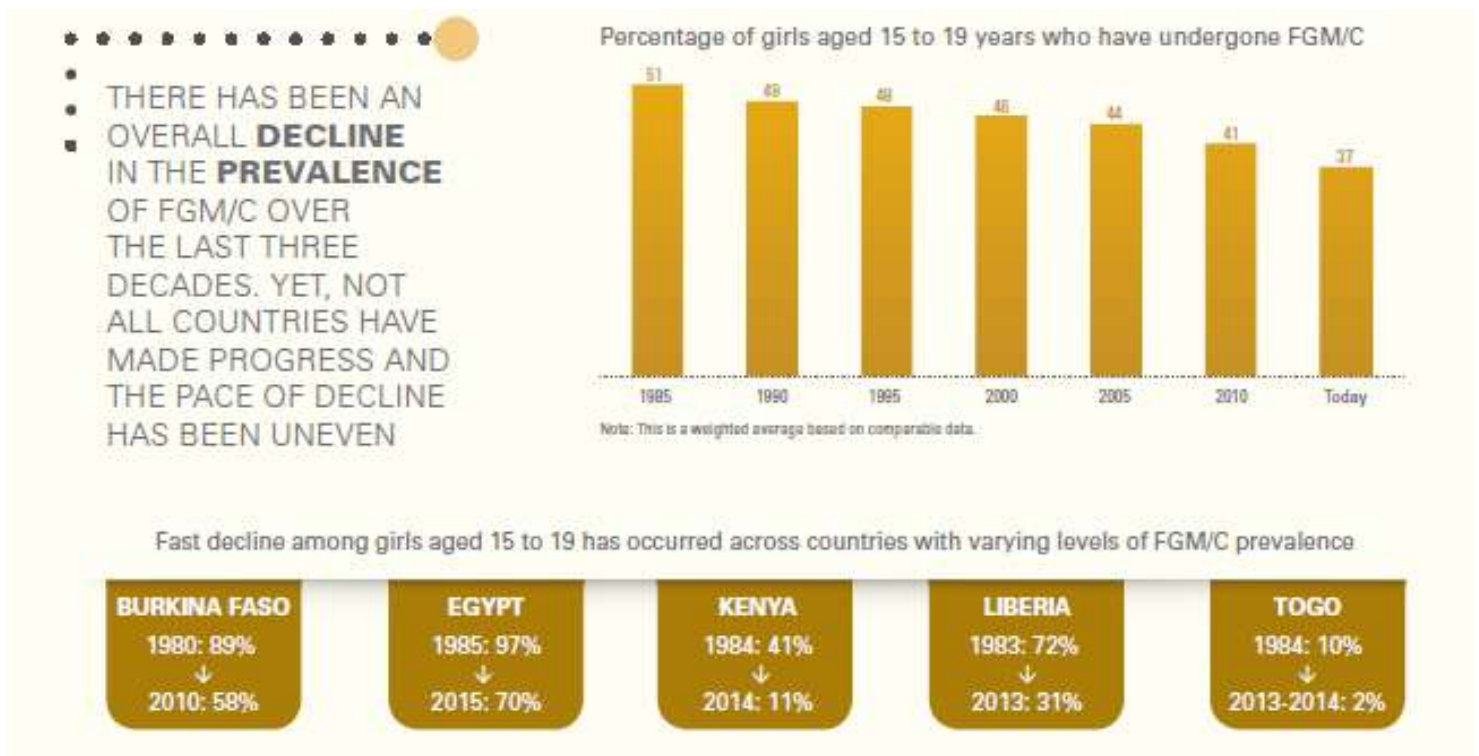
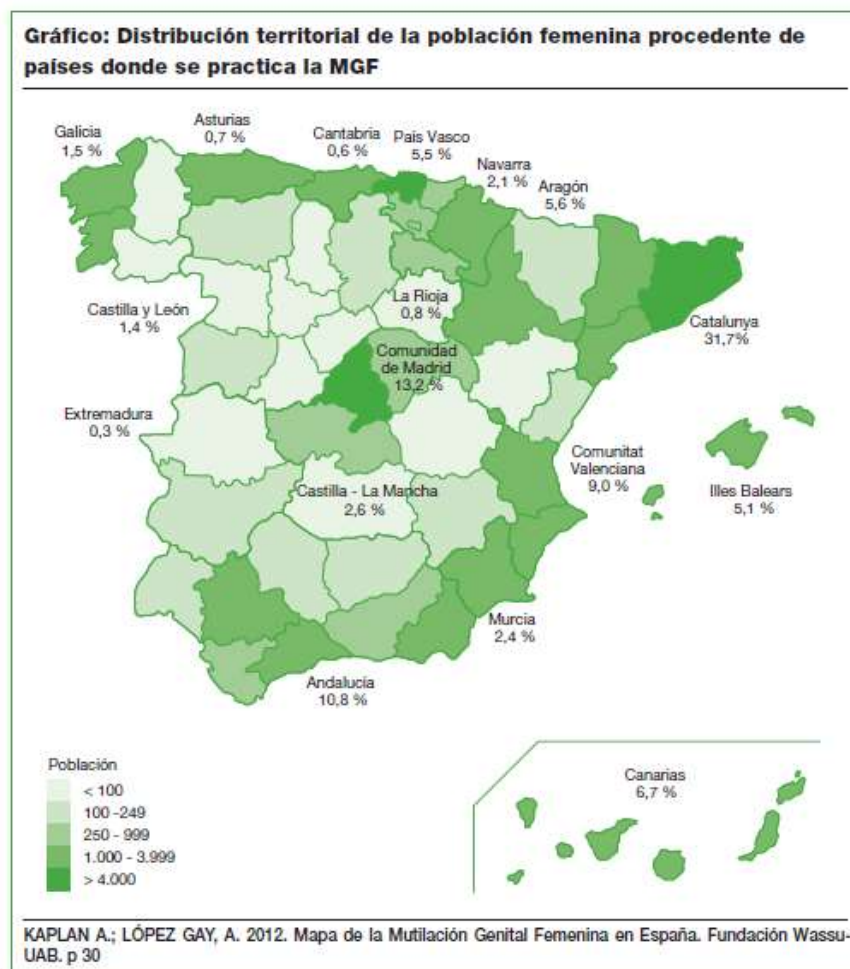


FIGURA 2: Mapa mental de la MGF



Fuente: La erradicación de la MGF. enfoques y perspectivas desde la cooperación internacional para el desarrollo

FIGURA 3: Distribución territorial de la población femenina procedente de países donde se practica la MGF.



BIBLIOGRAFÍA

- Agencia EFE: *El 92 por ciento de las mujeres casadas egipcias ha sufrido la ablación*, EFE, el Cairo, 11 mayo 2015.
- Carrión, F.: *Egipto condena a prisión al primer médico juzgado por la ablación mortal de una niña*, El País, El Cairo, 26 enero 2015.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Hacia la eliminación de la mutilación genital femenina*, Bruselas, 25 noviembre 2013.
- De Lucas, J. y Bedoya, M.H.: *Europa: derechos, culturas*, València, Publicacions Universitat de València, Tirant lo Blanch, 2006.
- Dirie, W., y Milborn, C.: *Niñas del Desierto*, Madrid: Maeva, 2005, 249 p.
- Dirie, W., y Miller, C.: *Flor del Desierto*, Barcelona: Círculo de Lectores, D.L.1999, 238 p.
- Gascón Stürtze, M: *Evolución y estado de la legislación sobre la MGF en los organismos internacionales, Europa, África y España*, julio de 2015.
- González, R.: *Hijas del Nilo, la circuncisión es una tradición prohibida*, El País, El Cairo, 23 enero de 2014.
- *La MGF en España*, [Madrid], Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, 2015, 186 p.
- *Protocolo común de actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina (MGF)*. Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015.
- *Niñas egipcias temen el verano por la mutilación genital*, CNN, 25 Junio 2015. Disponible en web: <http://cnnespanol.cnn.com/2015/06/25/mutilacion-genital-femenina-por-que-las-ninas-egipcias-le-temen-al-verano/>
- Pérez Vaquero, C.: *La MGF en España y la Unión Europea*, Noticias Jurídicas, diciembre 2013. Disponible en web: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4721-la-mutilacion-genital-femenina-en-espana-y-la-union-europea/>.

- Ropero Carrasco, J.: “El Derecho Penal Español ante la MGF”, Diario La Ley, 26 septiembre 2001, Madrid.
- Rueda Martín, M.A., *Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. Comentario a la STS nº. 832/2013, de 16 de diciembre de 2013*, Barcelona, enero de 2015, 28 p.
- Sequi, A., Touray, I., y Piniella, Z.: *La erradicación de la MGF. Enfoques y perspectivas desde la cooperación internacional para el desarrollo*, O’DAM ONG, 2013, 170 p.
- United Nations Children’s Fund: *Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern* [en línea], UNICEF, New York, 2016. Disponible en web: http://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD%282%29.pdf.
- United Nations Children’s Fund: *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, [en línea], UNICEF, New York, 2013. Disponible en web: http://www.unicef.org/publications/index_69875.html