

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.^a), n.º 9/2013 de 4 de abril (ROJ SAN 1323/2013)

Aplicación extraterritorial de la ley penal en casos de mutilación genital a través del artículo 23.4 LOPJ

Esta Sentencia de la AN marca un antes y un después en la persecución penal de la práctica de la mutilación genital femenina. Sobradamente conocido es el hecho de que España durante la primera década del siglo XXI vive una época de bonanza económica, motivo por el que se convierte en receptor de migrantes de diversas partes del mundo, cuyas tradiciones en ocasiones chocan con los derechos humanos reconocidos en la Constitución española de 1978, que en el artículo 15 protege la integridad física de las personas. La protección de un valor tan importante tiene su reflejo en el Código Penal, que destina el Título III del Libro II a las lesiones, y que comienza en el artículo 147 CP. Por su parte, el artículo 149 recoge unas lesiones agravadas en función de si las mismas se refieren a un órgano principal, estableciendo que «el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años».

Su apartado 2, que fue introducido por reforma de *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, tipifica específicamente la mutilación genital de tal forma que «el que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz». Si comparamos su contenido con el del apartado 1 poco añade, ya que dicho apartado 1 hace referencia a un órgano principal, y el definido en el apartado 2 lo es, por lo que pareciera que el legislador ha introducido una especificación en aras de la posibilidad de afrontar la alegación del error de prohibición.

Y así parece justificarlo la exposición de motivos de la LO 11/2003, cuando afirma que la introducción obedece a «que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta...», se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales... En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de

la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones».

A su vez, y para completar la persecución y castigo de estos hechos, el artículo 23.4 LOPJ en su reforma de LO 3/2005, de 8 de julio, establece en su Exposición de motivos que «la mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas..., los Estados miembros de la UE... se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor». De ahí, que «la presente Ley Orgánica posibilita la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país».

Éste es el motivo por el que esta ley, en un artículo único, añade un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que hace competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Teniendo estas dos variables (tanto el código penal como la LOPJ), podemos entender que en 2013 la AN marque un antes y un después en el enjuiciamiento de estos delitos pues es la primera vez que se castiga como autora a una madre que practicó la ablación a su hija fuera del territorio español, en su pueblo de origen en Senegal. En la Sentencia se declara probado que Bárbara, procedente de Senegal, llegó a Cataluña en 2010 con sus hijos, una vez que su marido, quien llevaba en España desde 1999, lograra la reagrupación familiar. La hija de ambos, Rosana (nacida en 2006 en Senegal), al practicársele una exploración dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes ya en Cataluña le fue apreciada la extirpación del clítoris, que le había sido practicada antes de venir a España como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

Son dos cuestiones las que nos interesan de la sentencia, en primer lugar la autoría y culpabilidad o no de la madre, y en segundo lugar la competencia de los juzgados españoles para conocer de un hecho delictivo (lesiones agravadas tipificadas en el artículo 149.2 CP), cometido en Senegal.

En cuanto al primer aspecto, el enfermero del hospital donde se exploró a la menor afirma una falta de sorpresa por parte de la madre al notificársele la noticia, lo cual indica que la madre sabía de la existencia de la lesión, al igual que el padre, que

también se mostró indiferente. Por tanto, el Tribunal concluye la autoría de la madre, bien directa, por los artículos 28 y 29 del CP, o en comisión por omisión según lo dispuesto por el artículo 11 CP. Respecto de la culpabilidad, cobra especial importancia en estos casos, como ya hemos apuntado, el actuar o no bajo un error de prohibición, y en tal caso, discernir sobre si es vencible o invencible. A este respecto, el tribunal entiende que «así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos». Entendiendo por tanto que el error sufrido por la acusada es vencible, procediendo a aminorar la pena de acuerdo a los cánones del artículo 14.3 CP, en uno o dos grados respecto de la pena prevista para el delito.

Respecto del segundo aspecto, la ya mencionada LOPJ en su artículo 23.4, y desde el año 2005 estima competentes a los tribunales españoles conocedores de tales delitos, y esta sentencia de la AN es la primera que se pronuncia en tales términos, haciendo responder penalmente a la madre de una menor que en el año 2006 llevó a cabo en Senegal la ablación sobre aquélla, quien finalmente es castigada con la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO
Investigadora de la Universidad de Salamanca
mcgb@usal.es