

# MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA: VIOLENCIA DE GÉNERO CON NUEVAS TRABAS PARA SU PERSECUCIÓN EN ESPAÑA.

## FEMALE GENITAL MUTILATION: GENDER VIOLENCE WITH NEW RESTRICTIONS FOR ITS PROSECUTION IN SPAIN.

CARMEN VALLEJO PEÑA<sup>1</sup>.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN ESPAÑA. TIPIFICACIÓN PENAL, JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y TRATAMIENTO JUDICIAL. III. LA INCIDENCIA EN LA PERSECUCIÓN DE ESTA PRÁCTICA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2014, DE 13 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, RELATIVA A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. IV. CONCLUSIONES.

Summary: I. INTRODUCTION. II. FEMALE GENITAL MUTILATION IN SPAIN, CRIMINAL CLASSIFICATION, UNIVERSAL JURISDICTION AND JUDICIAL PROCESSING. III. THE INCIDENT OF PROSECUTION OF THIS ORGANIC LAW PRACTICE 1/2014, 13TH OF MARCH, AMENDMENT OF THE ORGANIC LAW OF THE POWER OF ATTORNEY RELATING TO THE UNIVERSAL JURISDICTION. IV. CONCLUSIONS.

**Resumen:** La mutilación genital femenina es una de las prácticas criminales sustentada exclusivamente en el género, a cuya erradicación se vienen dedicando esfuerzos desde los planos internacional y nacional. En España, donde la inmigración desde países africanos la ha portado consigo, se legisló para combatirla y se sujetó la misma al principio de jurisdicción universal, incluyendo este delito en la lista de aquellos que, por su gravedad, deben ser perseguidos por la justicia con independencia de su comisión fuera del territorio español, lo que ha permitido la condena de este crimen, cometido normalmente en el país de origen. La situación se ha visto alterada con la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, que limita su persecución. En el presente

---

<sup>1</sup> Abogada. Vicedecana del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén. Vocal representante del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados en el Observatorio Andaluz de Violencia de Género y en la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española. Profesora asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Jaén.

En unas breves reflexiones sobre la mutilación genital femenina, orientadas al aspecto de la prevención y publicadas en la revista *Themis, Revista de Igualdad de Género*, (número 13, Madrid, primer semestre 2013, pp. 34-41), bajo el título “La mutilación genital femenina: otra manifestación de la violencia de género”, se trataron algunos aspectos jurídicos anteriores a la reforma legal de 2014. Por ello, he considerado oportuno realizar en el presente trabajo una profundización y ampliación en el estudio del tema, centrándome ahora en su persecución dentro del marco de la jurisdicción universal.

artículo se examina la jurisprudencia española producida hasta la reforma, fundamentalmente en el orden penal, y su posible afectación con el nuevo régimen jurisdiccional.

**Palabras clave:** Mutilación Genital Femenina. España. Jurisdicción universal.

**Abstract:** Female genital mutilation is one of criminal practices supported exclusively on gender. Efforts from the international and national levels are been made for its eradication. In Spain, where immigration from African countries brought it, we have a legislation to combat it based on the principle of universal jurisdiction, including this particular crime on the list of those who, by their severity, should be prosecuted without taking into account the territory of commission. This situation allows the condemnation of this crime which is usually committed in the country of origin. The situation has been altered by the Organic Law 1/2014, of 13 March, amending the Organic Law 6/1985, of 1 July, of Judicial Power on universal jurisdiction, which limits its prosecution. In this article we analyze the Spanish jurisprudence produced until the mentioned reform, mainly in its criminal side and its possible affectation with the new jurisdictional regime.

**Keywords:** Female genital mutilation, Spain, Universal jurisdiction.

## I. INTRODUCCIÓN.

### 1. Un crimen sustentado exclusivamente en el género.

La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado, se entiende como violencia por motivos de género. Constituye una forma de discriminación y una violación de los derechos fundamentales de la víctima. La violencia contra las mujeres está basada en el género y es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres.<sup>2</sup>

La mutilación genital femenina -MGF en adelante- es una de las prácticas criminales sustentada exclusivamente en el género, que refleja una de las formas más crueles de la discriminación contra la mujer en la sociedad y que normalmente está relacionada con otras formas de violencia contra la mujer. La sola y somera descripción de estas prácticas en sus distintas variantes<sup>3</sup>, evidencia los enormes daños y secuelas

---

<sup>2</sup> Extraído del Preámbulo Convenio del Consejo de Europa sobre prevención contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011. Disponible en línea en: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-Violence/convention/Convention%20210%20Spanish.pdf>

<sup>3</sup> La MGF consiste genéricamente en la extirpación de los genitales femeninos, distinguiéndose varias modalidades en su práctica: la extirpación total o parcial del clítoris (clitoridectomía); la extirpación del clítoris y parte o la totalidad de los labios menores (escisión); y la ablación de los labios mayores para

físicas y psicológicas que origina a niñas y mujeres, cuando no mueren por su causa.<sup>4</sup> Se puede considerar, sin duda, que se trata de una de las manifestaciones más crueles, aberrantes y discriminatorias de la violencia de género contra la mujer que, desde niña, en la mayoría de los casos, queda de forma irreparable e irreversible, marcada de por vida, con el elemento de crueldad y daño moral añadidos que supone el hecho de que sean sus propios padres o familiares directos quienes someten a la mujer a ella.

Constituye una práctica muy antigua sobre cuyo origen y extensión geográfica no hay certeza, pero sí muestras de que la misma ha sido realizada, en una u otra época, y sustentada bajo un motivo u otro, en todos los continentes.<sup>5</sup> En la actualidad afecta a entre 100 y 140 millones de mujeres y niñas de todo el mundo y se estima que, cada año, 3 millones de niñas corren el riesgo de ser sometidas a ella, fundamentalmente en países del África subsahariana y de Oriente Medio. El mapa geográfico que dibuja Unicef en su informe publicado en julio de 2013<sup>6</sup>, señala su extensión en 29 Estados del continente africano, desde la Costa Atlántica hasta el llamado Cuerno de África, así como en Oriente Medio, con porcentajes de prevalencia que oscilan entre un 1% de las mujeres que son mutiladas en Uganda, hasta un 98% en Somalia, de las cuales el 63% han sufrido la variante más grave, denominada infibulación. Destaco también de ese informe, por la importancia de actuaciones a nivel preventivo que luego se indican, el dato referido a Gambia -país de nacionalidad de buena parte de los progenitores que están siendo condenados en España por esta práctica-, en el que, según Unicef, el 82% de mujeres que han sufrido la mutilación genital piensan que esta práctica debería continuar, frente tan sólo al 5% de mujeres que creen que la práctica debería finalizar.

Con argumentos de diversa índole: socio-culturales, religiosos o espirituales, higiénicos, estéticos, de control de la sexualidad y de la función reproductiva de la

---

crear superficies de carne vivía que después se cosen con el fin de que tapen la vagina, dejando una pequeña apertura para permitir la micción y menstruación (infibulación). Así son distinguidas las variantes de esta práctica por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 13 de mayo de 2013 (Centro de Documentación del Consejo General del Poder Judicial, Cendoj, ROJ: SAP B 4991/2013).

<sup>4</sup> Además de las víctimas que mueren como consecuencia directa de su sometimiento a esta práctica, a causa de hemorragias e infecciones, la MGF puede incrementar su vulnerabilidad al VIH y tener resultados adversos desde el punto de vista obstétrico y prenatal, con consecuencias fatales para la madre y el recién nacido (Naciones Unidas, A/RES/67/146).

<sup>5</sup> MARCHAL ESCALONA, N., en su trabajo “Mutilación genital femenina y violencia de género”, elaborado en el marco del Proyecto de excelencia (SEJ-3517º) “Análisis transversal de la integración de las mujeres y menores nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza”, indica que “*era ya practicada entre los egipcios desde 5.000 a 6.000 años a.C. Se sabe, por otras investigaciones, que dicho rito era practicado en las zonas tropicales de África y Filipinas, por ciertas etnias de la Alta Amazonía y en Australia. En Europa y en Estados Unidos, la escisión del clítoris fue utilizada por algunos médicos, durante los siglos XVIII y XIX e incluso a comienzos del siglo XX, como tratamiento para ciertas enfermedades de origen nervioso como la histeria, la epilepsia y la migraña. Todo esto demuestra que esta práctica se ha ejercido en diversos pueblos y sociedades de todos los continentes, en todas las épocas históricas*”. En F.J. García Castaño y N. Kressova (Coords.). Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía (pp.2179-2190). Granada: Instituto de Migraciones.

<sup>6</sup> “Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change”. United Nations Children’s Fund (UNICEF) July, 2013.

mujer, sustentados en fuertes convicciones y percepciones muy arraigadas en las estructuras sociales, económicas, políticas y religiosas de ciertos países o poblaciones, la consecuencia es un abanico de graves y extensas violaciones de los derechos humanos esenciales de niñas y mujeres, como el derecho a la no discriminación, a la protección frente a la violencia física y mental, a la integridad física y moral, a los estándares mínimos de salud e, incluso, al derecho a la vida.

## **2. Esfuerzos internacionales en la lucha contra la erradicación de esta práctica.**

Con la aprobación por Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la que siguió en 1966 la adopción de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el Derecho Internacional contemporáneo asume definitivamente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una nueva responsabilidad, la de asegurar la salvaguardia del ser humano con independencia de su raza, religión, nacionalidad o sexo,

La Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, permitió abordar la MGF como una violación de los derechos humanos de niñas y mujeres y como práctica prohibida de discriminación por razón del sexo.

Desde los años cincuenta, la comunidad internacional viene realizando esfuerzos por combatir la MGF, incluida por la División para el Adelanto de la Mujer de Naciones Unidas -actualmente integrada en ONU-Mujeres-, entre las denominadas “Prácticas perjudiciales” contra la mujer, término empleado para señalar a las formas de violencia contra la mujer derivadas de “prácticas culturales o tradicionales perjudiciales”, que abarcan también los crímenes de honor; la violencia y hostigamiento a causa de la dote; quemaduras; ataques con ácido; matrimonios forzados y matrimonios de niños; el precio de la novia; la poligamia y la violación como represalia.<sup>7</sup>

Naciones Unidas ha planteado su trabajo para la erradicación de la MGF a nivel multidisciplinar, siendo objeto de tratamiento desde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos, hoy Consejo de Derechos Humanos. Por parte de todos estos organismos se viene reclamando, desde hace décadas, la adopción de medidas para la erradicación de esta práctica. Ya en 1993, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas –Resolución 48/104-, se reconoció explícitamente que las “prácticas perjudiciales” constituían una forma de violencia contra la mujer, reiterándose de forma continua y persistente el llamamiento a los Estados Miembros para que se pongan fin a estas prácticas.

---

<sup>7</sup> Suplemento al Manual de Legislación sobre la Violencia contra la Mujer, Naciones Unidas (2010). “Prácticas perjudiciales” contra la Mujer. División para el Adelanto de la Mujer, 2011. Disponible en línea en: <http://www.un.org./womenwatch/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf>.

Más recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de diciembre de 2012, una resolución unánime<sup>8</sup> prohibiendo la práctica de la MGF. Este nuevo y fundamental hito en su proceso de erradicación, fue aprobado por los 194 Estados Miembros de la ONU que adoptaron a su vez, otras cinco resoluciones sobre el adelanto de los derechos de las mujeres, incluyendo una resolución sobre la intensificación de los esfuerzos mundiales para eliminar la mutilación genital femenina. La resolución fue adoptada a partir del proyecto de 16 de noviembre de 2012 presentado por la Tercera Comisión<sup>9</sup>, donde se condena esta práctica como una manifestación de la violencia contra las mujeres, reconociendo, entre otros:

*“(Reconociendo) que las actitudes y conductas negativas, discriminatorias y estereotipadas repercuten directamente en la situación de las mujeres y las niñas y en el trato que reciben, y que esos estereotipos negativos dificultan la aplicación de marcos legislativos y normativos que garanticen la igualdad entre los géneros y prohíban la discriminación por razón de sexo,”<sup>10</sup>*

Esta resolución insta a los países a condenar todas las prácticas dañinas que afecten a las mujeres y a las niñas, en especial las mutilaciones genitales femeninas, y a tomar todas las medidas necesarias, promulgar y cumplir las leyes represoras de las mismas, llevar a cabo campañas de concienciación y asignar suficientes recursos para proteger a las mujeres y a las niñas de esta forma de violencia.

El marco universal de la acción de Naciones Unidas contra esta práctica se ha venido completando con actuaciones internacionales a nivel regional: Particularmente en el continente africano, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990, en vigor desde 1999; la Declaración de Addis Abeba sobre la Violencia contra la Mujer, aprobada en 1998 por la Organización de la Unidad Africana, que instaba a los estados africanos a que en 2005 hubieran erradicado por completo la práctica de la MGF o se hubiera reducido drásticamente. A estos instrumentos han seguido la Declaración de Uagadugú de 1999 aprobada por la Unión Económica y Monetaria de África Occidental o el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África, aprobado el 11 de julio de 2003, por el que los Estados partes se comprometen a adoptar cuantas medidas legislativas y de otra índole sean necesarias para eliminar todas las prácticas perjudiciales que afecten a los derechos humanos de la mujer, incluida la prohibición completa, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina y de todas las demás “prácticas perjudiciales”, con el fin de erradicarlas.

---

<sup>8</sup> A/RES/67/146.

<sup>9</sup> A/C.3/67/L.21/Rev 1.

<sup>10</sup> El texto completo se puede consultar en el sitio:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N12/595/66/PDF/N1259566.pdf?OpenElement>.

En el ámbito europeo, aunque no se trataba de una práctica arraigada en las tradiciones europeas, ha sido introducida con la inmigración y el factor de la globalización, y a ella se le ha prestado considerable atención desde las organizaciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea.<sup>11</sup>

## **II. LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA EN ESPAÑA. TIPIFICACIÓN PENAL, JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y TRATAMIENTO JUDICIAL.**

### **1. Persecución universal del delito de mutilación genital femenina.**

España había permanecido ajena a esta práctica, desconocida en nuestro país hasta hace relativamente pocos años, cuando la misma se ha hecho presente con la llegada de nacionales provenientes de Estados de las regiones mencionadas, que la han traído consigo, la han transportado, como un elemento más de sus costumbres y tradiciones.

En respuesta a esta situación, y haciéndose eco de los llamamientos internacionales citados, se incorporó en nuestro Código Penal, de forma explícita, el tipo delictivo de la MGF mediante Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que introdujo el art. 149.2 del Código Penal, castigando esta práctica con pena de prisión de seis a doce años y, si la víctima es menor de edad, la facultad del juez de acordar la inhabilitación de patria y potestad y otras medidas de guarda, si lo estima adecuado en interés del menor.

Por otra parte, acogiendo para este delito el principio de jurisdicción universal, principio de Derecho Internacional que permite a los Estados perseguir determinados crímenes cometidos fuera de su territorio, en atención exclusiva a la grave naturaleza de los mismos, mediante Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, se procedió a la reforma de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadiendo a su artículo 23.4 un apartado g), con el fin de poder perseguir extraterritorialmente la práctica de la MGF. Desde su entrada en vigor el 10 julio 2005, este artículo 23.4.g) extendió la competencia

---

<sup>11</sup> Desde el Parlamento de la Unión Europea, específicamente sobre la Mutilación Genital Femenina, destacan la Resolución (2001/2035 INI), de 20 de septiembre de 2001; la Resolución 2008/2071 (INI), aprobada en marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la Unión Europea y la Resolución de 5 de abril de 2011 (DO C296D, 2 de octubre de 2012).

En el seno del Consejo de Europa se aprobó la Resolución 1247, en 2001, sobre la Mutilación Genital Femenina, reclamándose a los Estados miembros la promulgación de legislaciones represoras específicas y la declaración de esta práctica como una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de las víctimas. Esta Resolución es reiterada en esencia por otra de abril de 2009. Por último, el 11 de mayo de 2011 se aprobó el referido en nota anterior, Convenio del Consejo de Europa sobre prevención contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica, donde se afirma en su Preámbulo, que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación (...) la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género (y) es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”.

de los tribunales españoles para conocer de este delito, aun cuando el mismo haya sido cometido fuera del territorio español, “siempre y cuando los presuntos responsables se encuentren en España”.<sup>12</sup>

La incidencia en España de la MGF, desapercibida en un principio, por su propia naturaleza de práctica oculta y porque, generalmente, es llevada a cabo aprovechando viajes de las menores con sus padres a sus países de origen, emerge, sin embargo, y se hace visible, cuando las menores son llevadas a centros sanitarios con ocasión de reconocimientos médicos en aplicación de los protocolos del niño inmigrante sano, siendo desde los centros médicos de donde normalmente parten las denuncias que han permitido el enjuiciamiento de este delito. Paralelamente, su alcance y dimensión en nuestro territorio se encuentra cada vez más documentada gracias al trabajo y el esfuerzo llevado a cabo en los ámbitos de las distintas administraciones públicas, institucionales y foros científicos.<sup>13</sup>

## **2. Tratamiento judicial**

En cuanto al tratamiento que los tribunales españoles han dado a la MGF, merecen ser destacados los siguientes criterios:

### **A) LA INOPERANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE ESTA PRÁCTICA POR MOTIVOS RELIGIOSOS, CULTURALES O CUALESQUIERA OTROS.**

Sobre este aspecto, nuestro Tribunal Supremo dictó la sentencia nº 835/2012, de 31 de octubre de 2012<sup>14</sup>, por la que confirma la condena por los delitos de lesiones y de mutilación genital a unos padres que practicaron la ablación del clítoris a su hija cuando ésta contaba con menos de un año de edad. El Alto Tribunal establece que el respeto a

---

<sup>12</sup> Hasta ese momento, era la MGF el único delito para el que, a efectos del establecimiento de la jurisdicción española al amparo del principio de jurisdicción universal, se exigía la presencia del presunto responsable en territorio español.

<sup>13</sup> Andalucía es la segunda Comunidad Autónoma, después de Cataluña, que recibe el mayor número de población inmigrante de África, según datos del Observatorio Permanente de Migraciones del Ministerio del Interior. En el seno del Proyecto de cooperación e investigación financiado por la Universidad de Jaén dentro de su Convocatoria Propia de Cooperación Internacional al Desarrollo 2010, denominado “Intervención sobre la mutilación genital femenina (MGF), cuya responsable es María Hernández Padilla, profesora del Departamento de Enfermería de la Universidad de Jaén, a través del trabajo con mujeres líderes en movimientos asociativos de Mali, se ha analizado la distribución geográfica en Andalucía de mujeres y niñas inmigrantes de acuerdo a su lugar de procedencia para identificar a las que están expuestas a un mayor riesgo de sufrir mutilación genital femenina (MGF) o de que la sufran sus hijas. El grupo más significativo, en relación al riesgo de ablación que tienen, es el de las niñas y jóvenes entre los 0 y 15 años (547 en toda Andalucía). La provincia que concentra el mayor número de ellas es Almería, con 192 menores; seguida de Málaga, con 123; y Sevilla, con 97. Otro de los grupos que pueden estar afectados por este tipo de práctica es el de las mujeres en edad fértil, entre los 16 y 44 años y provenientes de países africanos donde se realiza esta práctica, por la posibilidad que tienen de tener hijas a las que se les pueda practicar la ablación. En la comunidad andaluza hay 4.169, fundamentalmente radicadas en Almería y Málaga. I Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres, pp-91-100, disponible en línea en: [http://www.congresoestudioviolencia.com/2010/imagen/articulos\\_cientifico\\_tecnicos.pdf](http://www.congresoestudioviolencia.com/2010/imagen/articulos_cientifico_tecnicos.pdf)

<sup>14</sup> Centro de Documentación del Poder Judicial, CENDOJ, ROJ: STS 7827/2012 (Id. Cendoj: 28079120012012100900).

las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina, destaca la resolución judicial. La sentencia recuerda la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2005 de 8 de julio, que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina:

*“...La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato “inhumano y degradante” incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos....”.*

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en sentencia nº 9/2013 de 4 de abril de 2013<sup>15</sup>, en ejercicio precisamente del principio de jurisdicción universal en un caso en el que a la víctima, menor de nacionalidad senegalesa, le fue practicada la MGF antes de su llegada a España con su madre, una vez obtenida la reagrupación familiar con su esposo residente en nuestro país desde hacía años, recuerda al efecto que “el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley Orgánica 27/2009, de 11 de diciembre, establece que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.”* (...) Por su parte, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio (...) señala 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”.*

Por su parte, la sentencia de 13 de mayo de 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>16</sup> insiste en este criterio: *“El Estado no puede admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual (...) la mutilación genital femenina de mujeres y niñas constituye una práctica que debe combatirse, y ser*

---

<sup>15</sup> Centro de Documentación del Poder Judicial, CENDOJ, ROJ: SAN 1323/2013 (Id. Cendoj: 28079220042013100001).

<sup>16</sup> Centro de Documentación del Poder Judicial, CENDOJ, ROJ: SAP B 4991/2013 (Id. Cendoj: 08019370092013100024).

*erradicada, con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. España se ha convertido en un Estado de acogida para personas procedentes de otros países, con otras costumbres, tradiciones y creencias. Sin embargo, el respeto de tales costumbres y tradiciones tiene su límite allí donde se produzcan comportamientos aberrantes e inaceptables para nuestro entorno cultural”.*

## B) LA AUTORÍA DEL DELITO TANTO POR ACCIÓN, COMO POR COMISIÓN POR OMISIÓN.

Así lo establecen también las citadas sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, pues de encuadrarse la conducta en la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, concurrirían los parámetros que dicho artículo exige:

- 1º Producción de un resultado de lesión o peligro;
- 2º Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado;
- 3º Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo de que se trate, requisito éste fundamental en los delitos especiales;
- 4º Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado y
- 5º 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 y omisión precedente.”

## C) LA ACTUACIÓN A NIVEL PREVENTIVO A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

*Ad exemplum*, la adopción de la medida cautelar de prohibición de salida de la menor del territorio español cuando existan fundados indicios de que con ocasión de un viaje al país de origen pudiera haber intención de practicar la operación de ablación, conforme a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo de 2013.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> La Comunidad Autónoma de Cataluña, adoptó la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, cuyo artículo 76.3 dispone “Si en cualquier momento se valora que existe el riesgo de que la niña o la chica pueda ser mutilada, dentro o fuera del territorio del Estado, debe derivarse el caso a la fiscalía o al juzgado competente para que adopte las medidas necesarias para impedir la consumación de la ablación o la mutilación dentro del territorio del Estado, así como, si procede, para que prohíba la salida de la niña o la chica del Estado, de modo que la consumación de la ablación o la mutilación no pueda tener lugar en el exterior.”

#### D) SU CONSIDERACIÓN COMO CAUSA PARA LA CONCESIÓN DEL DERECHO DE ASILO.

El tratamiento de este delito por la jurisprudencia española no se ha limitado al orden penal, sino que su prevención y la protección de la mujer, en definitiva, también ha sido contemplada en el orden contencioso-administrativo, considerando el riesgo de que la mujer se vea sometida a mutilación, como causa para la concesión del derecho de asilo. Así, la sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2006, en la que se reconoce el mismo a una mujer nigeriana, y ello aun cuando en dicho país esta práctica está prohibida, dado que *“existen numerosos informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital”*, conforme al informe remitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que continuaba señalando *“parecería que aún se practica extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo”*. En atención a ello, el Tribunal Supremo aprecia la concurrencia de las causas de otorgamiento del asilo en aplicación del artículo 3 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, puesto que, *“sí concurren las causas que dan lugar a la concesión de asilo, que se encuentran previstas -por remisión del artículo 3 de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo- principalmente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y se resumen en la concurrencia de temor fundado de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas en su país de origen, pues concurre un fundado temor a sufrir persecución cuando se teme sufrir un atentado contra su integridad física -mutilación genital- por razón de su pertenencia a un determinado grupo social -las mujeres-, como ya declaramos en nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 2002, procedente o consentido por las autoridades de su país de origen (...) una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo (SSTS de 7 de julio de 2005, rec. nº 2107/2002), que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales (SSTS de 31 de mayo de 2005 -rec. nº 1836/2002- , 9 de septiembre de 2005 -rec. nº 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005 -rec. nº 3930/2002)”*.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Centro de documentación del Consejo General del Poder Judicial, CENDOJ (Roj: STS 5931/2006. Id Cendoj: 28079130052006100811). La sentencia hace también referencia a un anterior informe de ACNUR sobre la situación en Nigeria, donde: *“según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país”*.

Más explícitamente, la posterior sentencia de 15 de junio de 2011, de la misma Sala del Tribunal Supremo, en su Sección 3<sup>a</sup><sup>19</sup>, acoge el asilo solicitado por una mujer de nacionalidad argelina, que ya había sido víctima de la MGF, desestimando la oposición del Abogado del Estado –según la cual se producía una aplicación indebida de la Ley porque, bajo el criterio judicial seguido, se entendería entonces que todas las mujeres maltratadas tiene derecho de asilo en España, no contemplándose este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes del Derecho Internacional- y viene a declarar que la tesis de la abogacía del Estado *“no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento. En este contexto normativo, la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral” (...)* *“En este sentido, cabe consignar que la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar de 21 de diciembre de 2003, destaca que los Estados tienen la obligación de actuar con la diligencia debida para impedir, investigar y castigar a los autores de actos de violencia contra la mujer en el hogar y dar protección a las víctimas, y subraya también que no hacerlo constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, e impide total o parcialmente el disfrute de esos derechos y libertades.”*<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Centro de documentación del Consejo General del Poder Judicial, CENDOJ (Roj: STS 4013/2011. Id Cendoj: 28079130032011100274).

<sup>20</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.” Actualmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, recoge expresamente en su artículo 3 la persecución por razón de género como causa para la obtención de la condición de refugiado y por consecuencia, del derecho de asilo: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.”

### **III. LA INCIDENCIA EN LA PERSECUCIÓN DE ESTA PRÁCTICA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2014, DE 13 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, RELATIVA A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL.**

Como se ha mencionado, la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, introdujo la persecución de la práctica de la MGF, con amparo en el principio de jurisdicción universal, siempre y cuando el presunto responsable se encontrara en España. La posterior Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al margen de las limitaciones generales que supuso para el ejercicio de la jurisdicción universal en España, mantuvo intacta y en la misma forma la posibilidad de persecución extraterritorial de este delito, en el apartado g) del citado artículo 23.4.

Sin embargo la situación se ha visto alterada, con carácter general, tras la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, que reforma los apartados 2, 4 y 5 de su artículo 23 e introduce un nuevo apartado 6.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (B.O.E. nº 63, de 14 de marzo de 2014), con entrada en vigor el 15 de marzo de 2014. Se transcribe el texto de la nueva ley, en lo que específicamente afecta al delito objeto de este estudio:

«2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

(...)

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.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.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

Esta reforma legal, empleando una técnica legislativa casuística, delito por delito desde las letras a) a la o) del apartado 4 del artículo 23, introduce particulares requisitos para el ejercicio de la jurisdicción en cada uno de los delitos contemplados, requisitos a veces alternativos, a veces acumulativos. Este apartado 4 finaliza, en su letra p), con una cláusula general de remisión al Derecho Internacional convencional, cuando éste imponga con carácter obligatorio el ejercicio de la jurisdicción universal a los Estados Partes. Para ninguna de las conductas criminales que se contemplan en el artículo 23.4, se acoge una jurisdicción universal propiamente dicha, es decir, un título válido de jurisdicción en atención exclusivamente a la naturaleza del delito, sin atención a la concurrencia de ningún vínculo con el Estado español.

## **1. Introducción de nuevos límites para la persecución universal de la MGF.**

En lo que concierne a la MGF, ya no es nominada expresamente como tipo penal para su persecución por la jurisdicción española. Ahora, su asunción, acogida en el artículo 23.4, subapartado l), se establece por remisión al marco de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.<sup>22</sup>

Este instrumento convencional sí incluye de forma expresa la práctica de la MGF y acoge, como conductas delictivas en sus artículos 36 a 39, cualquier acto sexual no consentido; los matrimonios forzosos; la mutilación genital femenina; y el aborto y la esterilización forzosos. En el artículo 44 del Convenio, regulador de la competencia de los Estados Partes en la represión de estos delitos, se establece la obligación de los Estados para establecer su competencia jurisdiccional en determinados supuestos.<sup>23</sup>

---

(...)

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.»

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

<sup>22</sup> La referencia expresa al Convenio del Consejo de Europa, puede deberse, en cierta medida, a que su ratificación por España se produjo el 11 de abril de 2014 y, por tanto, en fecha posterior a la de la última reforma de la jurisdicción española. El Convenio entró en vigor para España el 1 de agosto de 2014.

<sup>23</sup> El Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, establece en el artículo 44 la competencia de los Estados Partes en relación a estos delitos:

“Artículo 44 – Competencia.

1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando el delito sea cometido:

a) en su territorio; o

b) a bordo de un buque que enarbole su pabellón; o

c) a bordo de una aeronave matriculada de conformidad con sus leyes internas; o

Particularmente se dispone en su apartado 4, que cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o persona con residencia habitual en su territorio, las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia con respecto a los delitos recogidos en los artículos 36 a 39 del Convenio, “*no esté subordinada a la condición de que la apertura de diligencias venga precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el delito haya sido cometido*”.

Para la persecución de los delitos que contempla el Convenio, entre ellos la MGF, la ley española exige 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*”.

Confrontados estos supuestos de concurrencia alternativa, exigidos para el ejercicio de la jurisdicción española, con los del Convenio del Consejo de Europa, los contemplados en los puntos 1º y 2º vienen a coincidir con los supuestos de competencia obligatoria asumidos por España en este tratado internacional. Pero resulta que el Convenio, exige además, en su artículo 44.2, la obligación de los Estados Partes de “esforzarse” para establecer su competencia, cuando existan víctimas nacionales del Estado o con residencia habitual en su territorio, sin atender al momento de adquisición de dicha nacionalidad y además, con independencia de que su presunto autor se encuentre o no en el territorio del Estado. A la vista de nuestro texto legal, se trata de

- 
- d) por uno de sus nacionales; o
- e) por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio.
2. Las Partes se esforzarán por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio.
3. A efectos de la persecución de los delitos previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio, las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia no esté subordinada a la condición de que los hechos también estén tipificados en el territorio en el que se hayan cometido.
4. A efectos de la persecución de los delitos previstos en los artículos 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio, las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que su competencia con respecto a los puntos d y e del apartado 1 no esté subordinada a la condición de que la apertura de diligencias venga precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el delito haya sido cometido.
5. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio en los casos en los que el presunto autor se encuentre presente en su territorio y no pueda ser extraditado a otro Estado Parte únicamente por razón de su nacionalidad.
6. Cuando varias Partes reivindiquen su competencia con respecto a un presunto delito de los previstos en el presente Convenio, las Partes en cuestión se pondrán de acuerdo, en su caso, a efectos de determinar aquella que se encuentre en mejor situación de tramitar las diligencias.
7. Sin perjuicio de las normas generales de derecho internacional, el presente Convenio no excluye ninguna competencia penal ejercida por una Parte de conformidad con su legislación interna.”

una obligación de esfuerzo que, el legislador español, no ha considerado conveniente hacer.<sup>24</sup>

De otra parte, cuando la víctima de la MGF es menor de edad, con la nueva regulación española, surge la duda sobre la posibilidad de un doble encuadramiento del tipo penal para la aplicación de la jurisdicción universal, puesto que el subapartado anterior de la ley, la letra k) del artículo 23.4, contempla la jurisdicción de nuestros tribunales en relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad. Aunque el precepto estaría concebido para la represión de conductas relacionadas con las agresiones y abusos sexuales –de hecho, recoge la denominación de delitos contra la libertad e indemnidad sexual con la que el Título VIII del Libro II de nuestro Código Penal recoge esta categoría de delitos-, considero que en él también podría considerarse incluida la práctica de la MGF, bajo la perspectiva de que su práctica constituye un ataque, de los mayores y, desde luego, de por vida, contra la libertad sexual de la mujer. De ser ello así, entre otras<sup>25</sup>, se produciría una sensible diferencia en los requisitos de jurisdicción, pues en este caso, no sería exigida para el establecimiento de nuestra jurisdicción, la presencia en territorio español del presunto responsable.<sup>26</sup>

## **2. Afectación de la reforma a situaciones de hecho.**

En cualquiera de los dos casos, el resultado de la reforma legal compromete la posibilidad de enjuiciamiento de determinadas causas sobre las que, anteriormente, los

---

<sup>24</sup> El texto definitivo de la Ley, varía, por otra parte, de la propuesta presentada ante el Congreso, en la que no se contenía la exigencia de que la nacionalidad española o residencia habitual en España de la víctima, concurriera en el momento de comisión de los hechos. En el texto del proyecto se señalaba la competencia para estos delitos, de la forma siguiente: “j) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, siempre que:

i. el procedimiento se dirija contra un español;  
ii. el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o  
iii. el delito se haya cometido contra una persona de nacionalidad española o que resida habitualmente en España, siempre que la persona a que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.” (Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 157-1, de 24/01/2014).

<sup>25</sup> Se acoge también la jurisdicción española para estos delitos, cuando el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

<sup>26</sup> La presencia del presunto responsable en España se encontraba contemplada en el Proyecto de la Ley, desapareciendo luego del texto definitivo. En el texto del Proyecto se establecía:

“i) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

i. el procedimiento se dirija contra un español;  
ii. el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; o  
iii. el delito se haya cometido contra una persona de nacionalidad española, siempre que la persona a que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.” (Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 157-1, de 24/01/2014).

tribunales españoles venían conociendo: la práctica de la MGF se realiza también en España, con competencia entonces de la jurisdicción española bajo el principio de la territorialidad de la ley penal<sup>27</sup>, pero, muy frecuentemente, se produce fuera del territorio español.

Como se señalaba en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, que introdujo la persecución universal en España del delito de MGF, su objetivo fue el de *“posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país”*.

En este sentido, cuando la práctica se realiza fuera de nuestro territorio, se observan dos dinámicas: con la primera, referida en el párrafo transcrito de esta Exposición de Motivos, la víctima podría encontrarse residiendo habitualmente en España y ser sometida a esta práctica con motivo de un viaje a su país de origen o una estancia temporal en él; con la segunda, la víctima ya habría sufrido la mutilación al entrar por primera vez en territorio español.

Resulta que este segundo caso responde a una dinámica de desarrollo de los hechos frecuente, particularmente en el caso de víctimas menores de edad: Es uno de sus progenitores quien se ha instalado previamente en España, y quien, después de obtener la correspondiente residencia permanente en España, o incluso la nacionalidad española, consigue el reagrupamiento familiar del cónyuge y de los hijos que han permanecido en el país de origen. Antes de venir a España, las hijas son sometidas a esta práctica por el propio progenitor que las trae consigo o con el consentimiento de éste, e incluso con el consentimiento del progenitor ya residente en España.

Con la nueva regulación, al exigirse la nacionalidad española o la residencia habitual en España de la víctima, en el momento de comisión de los hechos, quedaría impedida la persecución del delito que responde a esta segunda dinámica.

A este supuesto concreto corresponde el que fue enjuiciado por la Audiencia Nacional española, en su citada sentencia 9/2013, de 4 de abril de 2013. Los hechos probados del caso trataban de la MGF practicada a una menor fuera de España, cuyo padre residía en Cataluña desde hacía más de diez años y que obtuvo el permiso para el reagrupamiento familiar. La mutilación de la menor fue detectada en el centro médico de atención primaria con motivo de una revisión protocolaria de la niña, habiéndose

---

<sup>27</sup> Así, además de las citadas sentencias del Tribunal supremo, nº 835/2012, de 31 de octubre de 2012 (Roj: STS 7827/2012. Id.Cendoj: 28079120012012100900); de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo de 2013 (Roj: SAPB 4991/2013. Id. Cendoj: 08019370092013100024); del Juzgado de Instrucción de Girona, prohibiendo con carácter preventivo la salida de la menor del territorio español, de fecha 20 de junio de 2007 (Roj: AJI 8/2007. Id. Cendoj: 17079430022007200001), más recientemente, también la sentencia del Tribunal Supremo, número 399/2014, de 8 de mayo de 2014 (Roj: STS 2026/2014. Id. Cendoj: 28079120012014100383).

realizado ésta antes de venir a España, en Senegal, directamente por su madre -o por otra persona con su consentimiento-, que fue condenada como autora material del delito contemplado en el artículo 149.2 del Código Penal, o bien y en cualquier caso, como ínstita en el tipo penal de comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal.

En consecuencia, insisto, la aplicación literal de la nueva ley impediría el dictado de una sentencia como la citada, al carecer la víctima de residencia o nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos, ni tener el extranjero autor de los hechos residencia habitual en España, a menos que se realizara una interpretación muy forzada y extensiva –proscrita, por cierto, desde el derecho penal- de la circunstancia de la residencia habitual de la madre, recién llegada a España, virtud a ese permiso de reagrupamiento familiar, que lo que otorga es una autorización de residencia temporal.<sup>28</sup>

### **3. La añadida exigencia de querrela interpuesta por la víctima o por el Ministerio Fiscal.**

Otra restricción fundamental se va a producir para poder activar la jurisdicción española, al introducirse con la reforma un requisito de procedibilidad: la exigencia de querrela interpuesta por la persona agraviada o por el Ministerio Fiscal.<sup>29</sup>

Esta disposición que suprime, con carácter general para el ejercicio de la jurisdicción universal sobre la totalidad de los delitos, la posibilidad de su denuncia por personas distintas de la agraviada o por instituciones o asociaciones defensoras de los derechos humanos, ciertamente se encuentra presente en la regulación de numerosos Estados, que incluso reservan el ejercicio de la acción penal exclusivamente al Ministerio Fiscal<sup>30</sup>. Pero en España, la posibilidad del ejercicio de la acción popular se encuentra reconocida por el artículo 125 de nuestra Constitución.

En el primero de los casos, la querrela de la persona agraviada, difícilmente podrá producirse en el caso de las víctimas menores de edad. Es cierto que la querrela podría ser interpuesta en su representación por sus progenitores, pero si volvemos a la

---

<sup>28</sup> Constituye una autorización de residencia temporal que se podrá conceder a los familiares de los extranjeros residentes en España, en virtud del derecho a la reagrupación familiar. Como normativa básica de su regulación, pueden consultarse: Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos del 16 al 19); Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 52 al 58).

<sup>29</sup> “Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente será perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”. Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que introduce el artículo 23.6 de la L.O.P.J.

<sup>30</sup> Es el caso de Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Canadá, Costa Rica, Croacia, Finlandia, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia, y últimamente Francia, tras la reforma del artículo 689 de su Código de Procedimiento Penal, por ley de 2010 (Loi n° 2010-930, du 9 août 2010, portant adaptation du droit pénal à l’institution de la Cour Pénale Internationale).

circunstancia de que pueden ser, uno de ellos o ambos, los autores del delito, bien por acción, bien por comisión por omisión, es fácil vaticinar la ausencia de esta querrela.

Al respecto de esta cuestión, si el progenitor residente en España o nacionalizado español ha tenido participación en el delito, la ley española contraviene el Convenio Europeo, que prohíbe expresamente la subordinación de la apertura del proceso penal a la existencia de demanda previa de la víctima, cuando el presunto autor del delito sea un nacional del Estado o un persona con residencia habitual en su territorio.

En el segundo de los casos, la reserva de la acción penal en el Ministerio Fiscal, la reforma desconoce que el origen de estas denuncias suele encontrarse, como se señaló al inicio, en los centros sanitarios que, con motivo del examen médico de la mujer o de la niña, descubren la mutilación practicada.<sup>31</sup> Este proceder, mediante denuncia de los profesionales médicos ante los Juzgados ya no resultaría posible. Tendrían ahora que remitir, en su caso, informe al Ministerio Fiscal, quien habría de decidir actuar de oficio, interponiendo la correspondiente querrela.

No obstante y aunque no en referencia a este delito, el Tribunal Supremo ha dado una curiosa interpretación a la nueva exigencia de la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal, considerando en sentencia nº 592/2014, de 24 de julio de 2014, que el hecho de que el Ministerio Fiscal mantenga una postura contraria al sobreseimiento, a través de la interposición de los correspondientes recursos contra el mismo, vendría a equivaler a la interposición de querrela por su parte.<sup>32</sup> Ocurre que el

---

<sup>31</sup> Se puso de manifiesto en el debate parlamentario de la Proposición de Ley como “*inasumible la restricción de perseguibilidad de estos delitos (...) en los delitos relativos a la violencia de género, a la trata de blancas, a los abusos sexuales contra menores, a la pederastia, a la ablación y a la mutilación genital femenina se produjo un avance fundamental en el año 2005, cuando para perseguir este tipo de delitos solo se requería la presencia del presunto autor en España. Estamos hablando de delitos execrables, de delitos inhumanos, de torturas inhumanas contra las mujeres, delitos que pueden afectar potencialmente a 17.000 personas en España, a más de 500.000 personas en la Unión Europea y que estimamos que cada año en el mundo afectan a más de 3 millones de mujeres. Pues bien, ahora (...) en estos delitos de violencia, de abuso sexual, de mutilación genital femenina, de pederastia y de abusos sexuales de menores (...) no es suficiente con que el presunto autor se encuentre en España, que no es suficiente la nacionalidad española de la víctima o que resida habitualmente en España, sino que el presunto autor debe residir también en España, y además, (...) exigen la presentación de una querrela. ¿Saben lo que es eso, señorías? ¿Saben cómo se detectan las mutilaciones genitales en España efectuadas a una menor por sus padres, por sus familiares? Se detectan tras una revisión médica, y están impidiendo que esta denuncia pueda efectuarse para perseguir en España estos delitos*”. Intervención de la Portavoz del Grupo Socialista en la Toma en consideración de Proposiciones de ley, Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (Cortes Generales. Año 2014. Legislatura X. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Sesión Permanente, número 174, de 11 de febrero de 2014. Número de Expediente 122/000136).

<sup>32</sup> Es en esta sentencia donde el Tribunal Supremo casa las resoluciones del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que declararon la ausencia de jurisdicción española para el conocimiento de las causas por delito de tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometido en aguas internacionales. En la misma, el Tribunal Supremo se plantea la cuestión de que la activación de la denominada justicia universal no es admisible mediante querrela de un actor popular: “*Tampoco resulta posible la incoación de oficio de diligencias por un Juzgado de Instrucción español. Solamente el Fiscal o el agraviado pueden interesar la persecución de tales delitos*”, pero entiende que “*la interposición de los pertinentes recursos –apelación y casación– [por el Ministerio Fiscal] suponen las funciones de dicho*

Tribunal Supremo aclara también, en esta misma resolución que, conforme a la nueva exigencia legal, tampoco resulta posible la incoación de oficio de diligencias por un Juzgado de Instrucción español, de manera que dos cuestiones se suscitan ante este criterio interpretativo del Alto Tribunal:

- No resulta posible la incoación de oficio de diligencias por un Juzgado de Instrucción español, y por lo tanto, el Ministerio Fiscal nunca tendrá la oportunidad de oponerse a una futura decisión judicial de sobreseimiento porque, a partir de ahora y con la nueva regulación, ni tan siquiera podrán incoarse diligencias penales previas susceptibles de acogerse a esta interpretación extensa de la consideración del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

-Sólo vale, en consecuencia, para las causas que se encontraren abiertas en las que el Ministerio Público haya formulado recursos contra su archivo y, por tanto, ninguna causa podrá ser abierta sin querrela previa del Ministerio Fiscal o del agraviado.

#### **4. Un supuesto de hecho concretamente afectado por la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de mayo.**

Cuestiones como las aquí planteadas penden actualmente ante la Audiencia Nacional, provocando el debate en el Pleno de su Sala de lo Penal celebrado en fecha 3 de octubre de 2014 que, a fecha del cierre de estas líneas, no ha adoptado resolución a este respecto.

El supuesto de hecho trata sobre las diligencias judiciales iniciadas en virtud de atestado policial que puso en conocimiento del juez instructor la denuncia efectuada por la pediatra de un centro de asistencia médico en 2008, con relación al seguimiento efectuado a tres menores de una familia de Gambia. La denuncia puso de manifiesto que a la hija mayor, de 6 años, se le había practicado la MGF, así como la existencia de indicios existentes para creer que a las otras dos hijas menores estaban en riesgo de que se les practicara en el futuro, cuestión esta última que determinó la adopción de medida cautelar de la prohibición de salida del territorio nacional de las menores.<sup>33</sup>

Remitidas las diligencias a la Audiencia Nacional, su Juzgado Central de Instrucción núm. 3 dictó Auto de procesamiento de los progenitores de las menores, de fecha 30 de septiembre de 2013<sup>34</sup>. En este auto se recoge la existencia de indicios de que a la hija mayor le fue practicada la MGF en el año de su nacimiento, 2005, por

---

*acto procesal, a los efectos de entender satisfecho tal requisito, dado que en este caso la querrela nunca cumpliría la función de iniciar el proceso penal, que ya está incoado, al haberse procedido a la detención y puesta a disposición judicial de los detenidos.” Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 592/2014, de 24 de julio de 2014 (Centro de Documentación Judicial, Roj: STS 3082/2014; Id Cendoj: 28079129912014100001).*

<sup>33</sup> Diligencias previas 330/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 del Juzgado de Santa Coloma de Farners.

<sup>34</sup> Procedimiento sumario 5/2013, dimanante de diligencias previas 21/2013 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional.

persona desconocida, pero con el conocimiento y consentimiento de ambos progenitores, pese a que el padre llevaba 20 años residiendo en España y conocía la absoluta prohibición de esta práctica en nuestro país y su persecución aunque la misma se realizara fuera de España; asimismo, la concurrencia de indicios sobre la existencia de acuerdo de ambos progenitores –quienes, en principio, se negaron a suscribir el compromiso de evitar la MGF- en practicar la mutilación a sus otras dos hijas menores. Por Auto de 18 de enero de 2014 se acordó la conclusión del sumario, elevando el mismo a la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Vigente ya la L.O. 1/2014, de 13 de mayo, el Ministerio Fiscal solicitó en junio de 2014 el sobreseimiento de la causa en aplicación de la Disposición Transitoria Única de esta Ley<sup>35</sup>, argumentando que las diligencias judiciales se incoaron en virtud de atestado policial de los Mossos d'Escuadra; que la MGF de la menor se había practicado en su país de origen; y que el actual artículo 23.4.1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial no hace referencia expresa al delito de MGF, sino por remisión al Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que no estaría en vigor en España hasta el 1 de agosto de 2014.

La posición del ministerio público –que no ha hecho uso de la posibilidad ofrecida por el Tribunal Supremo en la citada sentencia nº 592/2014, de 24 de julio de 2014, en orden al mantenimiento de una postura contraria al sobreseimiento- ha planteado, por tanto, la inexistencia de querrela de la víctima o del fiscal, exigida con el nuevo texto legal para la persecución extraterritorial del delito, y sugiere, por otra parte, la cuestión de la aplicación retroactiva del convenio internacional suscrito por España. El pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional habrá de resolver sobre estos fundamentos y, en definitiva, sobre la competencia de la jurisdicción española para conocer los delitos objeto de esta causa.

#### IV. CONCLUSIONES

La MGF es una manifestación de violencia exclusivamente asociada al género femenino, reflejo del desequilibrio histórico que ha llevado a la dominación y discriminación de la mujer por el hombre. Existe hoy consenso universal en que la MGF constituye un grave atentado contra los derechos humanos, afectando a bienes jurídicos fundamentales como la vida, la integridad física y moral y la indemnidad sexual de la mujer y, como tal, debe ser prevenida, perseguida, castigada y erradicada.

Aunque es evidente que en los últimos años se ha avanzado de forma trascendente a nivel internacional en los esfuerzos para la erradicación de este crimen de género, los datos sobre la persistencia, e incluso aumento de esta práctica, continúan siendo alarmantes, como se refleja en el informe elaborado por Unicef en julio de 2013.

---

<sup>35</sup> “Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.”

Nuestra labor entonces, no debe quedar restringida a su erradicación dentro de nuestras fronteras, sino que nuestros esfuerzos deben aunarse a los internacionales en la lucha por su eliminación a nivel mundial. El pasado 10 de octubre de 2013, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad de todos los grupos políticos una declaración institucional por la que, con motivo del Día Internacional de la Niña, se hizo un llamamiento a la comunidad internacional para, entre otras cuestiones, la promulgación de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 2014 que termine con esta práctica y que garantice un entorno seguro en el que se elimine cualquier tipo de violencia relacionada con el género, incluida la mutilación genital femenina<sup>36</sup>.

Mal se compadece esta resolución con la reforma legal operada, pocos meses después, que ha supuesto una limitación a la jurisdicción española para la persecución de estos delitos.

En España no parece haber duda de que es una práctica reprimida y castigada, pero los datos también señalan que un importante número de niñas y mujeres inmigrantes se encuentran en situación de riesgo de ser víctimas de ella. La actuación judicial española frente a la MGF, al amparo de la jurisdicción universal, puede resultar constreñida en determinados supuestos que han sido señalados, como consecuencia de los nuevos límites y requisitos de procedibilidad impuestos.

Artículo recibido: 10.09.2014  
Artículo aceptado: 03.10.2014

---

<sup>36</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente. Año 2013, X Legislatura, núm. 145 pág. 65.