

# **Análisis crítico de las medidas legales sobre mutilación genital femenina en Europa**

Julia Roper Carrasco

*Universidad Rey Juan Carlos*

## **I. PLANTEAMIENTO**

La mutilación genital femenina (en adelante MGF) representa una grave violación de derechos humanos, tal y como recoge el Derecho Internacional más actual. Esta circunstancia y la extensión de la práctica a nivel mundial exigen la intervención del Derecho penal. Sin embargo, la aplicación del Derecho penal, en los países de destino, a los migrantes, padres de las menores mutiladas, genera un conjunto de dilemas que han de ser abordados no sólo desde una perspectiva humanitaria, sino en aras de una mayor legitimidad en la intervención.

La hipótesis que se sostiene en este trabajo es que para atender este reto es preciso reflexionar sobre la falta de un consenso en el ámbito de la Unión Europea sobre estándares penales referidos a la violencia de género, de la que, en mi opinión, la MGF es una modalidad.

## **II. EL DILEMA DE LA INTERVENCIÓN PENAL ANTE LA MGF EN LOS PAÍSES OCCIDENTALES**

A estas alturas tenemos claro que la MGF representa una importante lesión contra la integridad física. Junto a las secuelas de carácter físico hay que mencionar el atentado contra la integridad moral, así como las negativas repercusiones que esta intervención provoca en el libre desarrollo y disfrute de la sexualidad de las mujeres. Por todo ello, la intervención del Derecho penal en la lucha contra la FMG es irrenunciable.

Ahora bien, el empleo del Derecho penal como mecanismo de respuesta y de prevención frente a la MGF suscita numerosos problemas que todavía hoy no han sido resueltos. En las regiones del mundo donde la MGF se encuentra más extendida, Egipto y África Subsahariana, la dificultad más significativa a

la que hacer frente es la falta de eficacia del Derecho Penal. Y dicha ineficacia en los países de origen conduce a la consolidación de la práctica, al extenderse la creencia de que al margen de lo dispuesto en las leyes existen otras normas morales, sociales o culturales que tienen prevalencia.

Esta convicción acompaña a los migrantes hasta el mundo occidental, y funda la pretensión de ostentar un derecho a una identidad cultural mediante la conservación de las propias tradiciones. El choque entre esta pretensión y la realidad de los países de destino es mucho más dramático cuando hablamos de MGF que de otras prácticas, como el uso del velo, por ejemplo: la MGF repugna a la sociedad, y el sentimiento de desaprobación, enfatizado por el etiquetamiento que representa la intervención penal, envuelve no sólo a las víctimas más directas, las niñas mutiladas o en riesgo de serlo, sino también a sus padres y familiares.

### III. PROFUNDIZANDO EN EL PROBLEMA: RESPUESTA PENAL, PROTECCIÓN DE LAS MENORES Y DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El artículo 149 del Código Penal español castiga la MGF con penas de prisión de seis a doce años: el ingreso en la cárcel de los autores del delito sin posibilidad de suspensión de la condena. La condena de los padres como autores (aunque sea por un delito de omisión debido a su responsabilidad como garantes), deja a las menores en manos de la tutela del Estado, sumándose a su condición de víctima de la mutilación y a su estatus de pertenencia a un colectivo marginal, la situación de vulnerabilidad y revictimización al perder su entorno familiar más inmediato, que pasa a estar criminalizado.

La contradicción que suscita la necesidad de aplicar la ley penal con las consecuencias que de dicha aplicación se derivan en la protección de los menores se aprecian también en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en su artículo 11 reconoce al mismo tiempo como principios rectores de la acción administrativa la supremacía del interés superior del menor (letra a), el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés (letra b), su integración familiar y social (letra c) y la protección contra toda forma de violencia (...) incluyendo (...) la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso (letra i).

De esta ley se deriva claramente que uno de los principios rectores es la protección del menor frente a la mutilación genital femenina, al que responde, entre otras medidas, la tipificación en el CP. Ahora bien, si la mutilación ya se ha producido cuando las niñas llegan a España, o tiene lugar en territorio español y ha sido descubierta y está siendo juzgada, la supremacía del interés superior del menor debería estar presente entre los distintos intereses a considerar, tanto

durante el proceso penal, como en la sentencia a imponer y en las condiciones de ejecución de la misma.

Precisamente, las consecuencias negativas para las menores derivadas de la criminalización y encarcelación de los padres pueden estar detrás de la jurisprudencia que se inclina por la absolución o la atenuación de la pena, alegando bien el desconocimiento de la mutilación, la ausencia de intención de causar lesiones o el error sobre la ilicitud de su conducta. Sin embargo, un análisis detenido de las decisiones jurisprudenciales no permite deducir un criterio claro de tratamiento ya que en situaciones similares se ha llegado a soluciones muy diversas, de modo que la alegación del desconocimiento de la situación ha sido reconocida como circunstancia eximente, como simple atenuante o incluso rechazada de manera explícita, sin que en el relato fáctico se aprecien diferencias sustanciales entre los casos juzgados.

Por todo ello, no parece que exista un consenso claro sobre cómo ha de ser la respuesta del Estado teniendo en cuenta el especial interés en la protección de las menores.

#### IV. PROPUESTAS PARA SUPERAR LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

A mi juicio, una reacción legítima y con aspiraciones de equidad ante el fenómeno de la MGF en el mundo occidental y concretamente en Europa pasa por advertir las siguientes consideraciones.

##### *1. La desigualdad de género en el origen de prácticas de control de la sexualidad de la mujer como referente universal*

Las voces críticas que demandan la superación de una posición etnocéntrica en la valoración de la MGF han contribuido a mantener una actitud reflexiva que advierte de la complejidad del problema y las dificultades de tratamiento en los países de destino.

Un análisis más detenido en torno a las razones que explican la pervivencia de esta práctica ha arrojado como tesis mayoritaria el interés en el control de la sexualidad de la mujer: con la mutilación se garantiza la pureza, la virginidad, el sometimiento de la mujer y con todo ello el honor de la familia. Advertido esto, conviene tener en cuenta que la comprensión de la mujer como ser inferior, subordinada al hombre, que encuentra su función social en el matrimonio y la maternidad no es exclusiva de las culturas que practican la MGF, sino que es un tópico mundial, más evidenciado en aquellas regiones que han alcanzado menor desarrollo social y político, y en la que perviven prácticas como los matrimonios forzados, el castigo del adulterio, los homicidios por motivos de honor y la

imposición en general de prácticas que garantizan ese control. La asimetría en las relaciones entre el hombre y la mujer no es exclusiva de estas regiones, sino que pervive en la mayoría de los países y sigue apoyándose esencialmente en la consideración de la mujer como posesión del hombre, sobre todo en el ámbito de la sexualidad. La exaltación de la virginidad de las mujeres es un referente universal, presente en casi la totalidad de las religiones y en la base de muchas convenciones culturales.

Esta universalidad en los parámetros sobre las relaciones entre hombres y mujeres debe contribuir a la relativización de la postura de la superioridad moral con la que afrontar el problema de la MGF y favorecer un análisis más detenido que huya de la simplificación que considera estas prácticas como una “aberración” extraña a nuestro bagaje cultural supuestamente superior.

## *2. En todo caso, la MGF como lesión de derechos fundamentales*

Ahora bien, la mencionada relativización no significa una minimización de las lesiones que la MGF representa: no sólo se han demostrado médicamente las secuelas de la intervención en la integridad física y la salud, sino que la mutilación realizada sobre las niñas, que no tienen capacidad para consentir, encierra en sí misma un atentado contra la dignidad y representa un trato degradante.

El reconocimiento de la práctica de la MGF como una grave lesión de derechos fundamentales universalmente reconocidos es un paso adelante irrenunciable en la lucha contra la misma y en general, en la erradicación de tradiciones lesivas para los derechos humanos.

## *3. Propuestas concretas de actuaciones y políticas en África y en los países occidentales*

Teniendo en cuenta lo hasta ahora señalado, convendría impulsar las siguientes iniciativas.

Primero. En los países occidentales, debemos rechazar un concepto de integración que implique el sometimiento de las personas a una especie de categoría ética superior. La integración ha de suponer el reconocimiento esencial de la dignidad de todos los seres humanos, amparada en el Derecho Internacional, el cual impele a proteger los derechos fundamentales con carácter universal por encima de consideraciones sociales o culturales, pero que al mismo tiempo exige que esta protección no sólo se ajuste a Derecho sino que se dispense con el menor coste posible y con la mayor legitimidad.

Segundo. Tanto en África como en Europa es importante contribuir al empoderamiento de las mujeres africanas (que son las mayoritariamente afectadas), favoreciendo el contacto de las mismas con las organizaciones no

gubernamentales y las instituciones estatales e internacionales que trabajan en la educación precisamente a partir de las propias voces de mujeres afectadas que contribuyen la erradicación de la MGF (y a partir de ahí extender los programas de prevención también con la implicación de los hombres, sin la cual no es posible acabar con esta tradición, especialmente en las estructuras sociales tribales).

Tercero. Es necesario favorecer una clarificación conceptual que contribuya a una mejor comprensión del fenómeno. La MGF se produce sobre niñas y representa una práctica que tiene como objetivo esencial la adjudicación de un rol de sometimiento de las mujeres. Si recordamos que el control de la sexualidad de la mujer es una práctica extendida prácticamente en todas las culturas, tendremos mayor capacidad para acercarnos a este fenómeno desde dos perspectivas distintas:

- Advertir que la discriminación sexista que se encuentra en la base del mismo no nos es ajena, por lo que cualquier reacción no puede basarse en una superioridad moral.
- Reconocer que en todo caso el Derecho Penal ha de intervenir de igual modo que en otros supuestos de violencia de género, ante la lesión de bienes jurídicos fundamentales.

La MGF no puede equipararse con otras prácticas sociales que inciden en el cuerpo de la mujer adulta (operaciones estéticas y otras), ya que la MGF, ante todo, se lleva a cabo sobre niñas sin capacidad de consentimiento e implican una mutilación con efectos en la salud y en el disfrute de la sexualidad. Este elemento, la realización sobre niñas, confiere a la MGF una gravedad especial que no puede ser discutida. A ello se suma la consideración de la misma como un acto de violencia de género. Esta doble comprensión es la única que facilita una correcta comprensión del fenómeno.

- La propuesta defendida, a saber, priorizar la respuesta social y la integración en los países de destino, aunque manteniendo una necesaria intervención penal sometida a límites, exige tener en cuenta la posibilidad de aplicar circunstancias eximentes o atenuantes recogidas en la ley, que tienen que ver con las dificultades para interiorizar unas normas sociales contradictoras con los valores asumidos desde la infancia en los países de origen. La vía más adecuada para recoger esta posibilidad es el error de prohibición (artículo 14.3), que permite aminorar la pena, en los casos en los que se encuentra alterada la conciencia sobre la ilicitud de los hechos.

## V. CONCLUSIONES FINALES

El dilema de la intervención penal se plantea cuando, habiendo condenado enérgicamente la práctica y abogado por la utilización del código penal en la

persecución de la MGF, nos vemos llamados a enviar a la cárcel durante varios años a una mujer mutilada por haber mutilado a su hija, apartándola de la misma y dejando a la menor en manos del padre (quien alguna vez ha alegado que él no sabía nada porque esto es una cosa de mujeres) o bajo la tutela del Estado. Entonces nos damos cuenta de que, en contra del maniqueísmo y la simplificación que nos alivia, no sabemos quiénes son las víctimas y quiénes los verdugos, y llegamos a la conclusión de que podríamos estar cooperando a la desprotección de las menores.

Tal vez deberíamos empezar por aclararnos. Por definir claramente la MGF como un acto de violencia de género, lo que exige comenzar por conceptualizar la violencia de género en sí misma. Por establecer claramente unos estándares en la comprensión de un fenómeno cuya complejidad exige afrontar con rigor y valentía una respuesta estructural que articule medidas de distinto calado (entre las que el Derecho Penal sea realmente la última ratio) y por aceptar de una vez por todas que la violencia de género, y entre ellas la MGF, es una grave consecuencia de una situación de desigualdad entre sexos y de sometimiento de las mujeres a distintos niveles. El empeñamiento en definir el problema sobre la diferenciación entre víctima y verdugo, obviando la responsabilidad de la colectividad en su conjunto (incluyendo los referentes comunitarios políticos y/o religiosos influyentes) no contribuye a resolver este reto con la justicia y la prioridad que merece.

La política de la Unión Europea al respecto, centrada esencialmente en la atención a las víctimas, puede ser significativa, por sus deficiencias, de la necesidad de definir la violencia de género con la mayor precisión. La violencia de género no se refiere a los actos de violencia de hombres sobre mujeres. Es un fenómeno mucho más complejo en el que la violencia en el ámbito de la pareja es sólo un exponente. La simplificación que reduce el problema a una especie de enfrentamiento entre hombre -mujer es pueril e impide un tratamiento digno de este grave problema.

En este contexto, la Unión Europea ha centrado su esfuerzo en la Orden Europea de Protección, instrumento de cooperación judicial que permite extender las medidas de protección sobre las víctimas con independencia del país de la UE en el que éstas se encuentren. Sin menoscabar las consecuencias positivas en la atención a las víctimas, la implementación de la Orden Europea de Protección (OEP) dejar ver diversas fallas en el sistema:

- La primera tiene que ver con las distintas cláusulas que contiene, que permiten en la práctica una importante fragmentación en la cooperación penal.
- En segundo lugar, la OEP no busca la armonización legal entre los diversos Estados y su aplicación depende de decisiones judiciales previas por lo que protección se ve finalmente debilitada.
- Pero, especialmente, las consecuencias más indeseables han sido la renuncia a la implementación de unos estándares normativos y a la

delimitación de una estrategia integral en la lucha contra la violencia de género.

Todas estas observaciones deben ser traídas al estudio y tratamiento de la MGF, teniendo en cuenta que además en esta última cuestión es preciso añadir las políticas de integración social de la migración. Este trabajo no puede ser escamoteado a través de respuestas parciales y ni mucho menos por reacciones sexistas y de resistencia al reconocimiento de la igualdad de derechos de las mujeres.