

ESTUDIOS PENALES EN HOMENAJE AL PROFESOR

COBO DEL ROSAL

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO

LORENZO MORILLAS CUEVA

ENRIQUE ORTS BERENGUER

MANUEL QUINTANAR DÍEZ

(Coordinadores)

*Alonso Álamo, Mercedes
Aránguez Sánchez, Carlos
Bacigalupo, Enrique
Bacigalupo, Silvina
Bajo Fernández, Miguel
Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco
Beristain, S.J., Antonio
Bernal del Castillo, Jesús
Blanco Cordero, Isidoro
Bonet Esteva, Margarita
Bustos Ramírez, Juan J.
Cantarero Bandrés, Rocío
Carbonell Mateu, Juan Carlos
Cardenal Murillo, Alfonso
Carmona Salgado, Concepción
Castelló Nicás, Nuria
Corcoy Bidasolo, Mirentxu
Cuello Contreras, Joaquín
Cuesta Arzamendi, José Luis de la
Fernández Ternuelo, Javier Gustavo*

*Figuerola Navarro, Carmen
García Pérez, Octavio
García Valdés, Carlos
García Vitoria, Aurora
Gómez Martín, Víctor
Gómez Tomillo, Manuel
González Rus, Juan José
Higuera Guimerá, Juan-Felipe
Hormazábal Malarée, Hernán
Jiménez Díaz, María José
Jorge Barreiro, Agustín
Lascurain Sánchez, Juan Antonio
Mantovani, Ferrando
Marín de Espinosa Ceballos, Elena B.
Mata Barranco, Norberto J. de la
Mata y Martín, Ricardo M.
Menéndez, Aurelio
Morillas Cueva, Lorenzo
Olmedo Cardenete, Miguel
Orts Berenguer, Enrique*

*Palma Herrera, José Manuel
Peris Riera, Jaime M.
Polaino Navarrete, Miguel
Queralt, Joan J.
Quintanar Díez, Manuel
Rodríguez Mourullo, Gonzalo
Rodríguez Ramos, Luis
Rosal Blasco, Bernardo del
Sáinz-Cantero Caparrós, José E.
Sánchez García de Paz, Isabel
Sánchez-Ostiz, Pablo
Santana Vega, Dulce M^a
Sanz Morán, Ángel José
Segura García, María José
Silva Sánchez, Jesús-María
Suárez López, José María
Torres Fernández, María Elena
Zugaldía Espinar, José Miguel*

Dykinson, S.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

© Copyright by
Los Autores
Madrid, 2005

ISBN: 84-9772-777-0
Depósito Legal: M. 43308-2005

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión por:

Besing Servicios Gráficos, S. L.
besing@terra.es

Impreso por:

SAFEKAT, S. L.
Belmonte de Tajo, 55 - 3.º A - 28019 Madrid

EL NUEVO DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL

MARÍA ELENA TORRES FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Almería

SUMARIO: I. Introducción.- II. La mutilación sexual femenina.- III. La regulación internacional.- IV. El nuevo delito de mutilación genital del artículo 149.2 del Código Penal: 1. *Tramitación parlamentaria*. 2. *Bien jurídico*. 3. *El tipo penal de mutilación genital*. 4. *Causas de exención de responsabilidad penal*. 5. *Cuestiones concursales*. 6. *Penalidad*

I. INTRODUCCIÓN

Entre las reformas en materia penal, acontecidas a lo largo del año 2003, la aprobada por **L. O. 11/2003, de 29 septiembre** aborda una serie de objetos heterogéneos, como se advierte en su propio título, que alude a medidas concretas en materia de *seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, cuya agrupación en un solo texto legal se justifica en la Exposición de Motivos como una iniciativa que no debe considerarse aisladamente, sino integrada en el Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, y que contemplaba un conjunto más amplio de medidas tanto organizativas como legislativas.

Dentro de esa ley, la tipificación expresa de la *mutilación genital* se justifica como una nueva forma delictiva surgida “de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico”. Abundando en las razones que se esgrimen para la creación de esta nueva figura, en la Exposición de Motivos se afirma que: “la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe de dar adecuada respuesta”, de las que la mutilación sexual femenina se muestra como un ejemplo cualificado, sobre el que el legislador considera que: “es una práctica que debe de combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales”. Efectivamente, la relevancia de esa clase de comportamientos en nuestro país se inicia con el asentamiento de inmigrantes procedentes de otras culturas, entre las cuales se encuentran algunos pertenecientes a comunidades de las que practican como costumbre la denominada *circuncisión femenina*, si bien en el mundo es una realidad que afecta a más de 135 millones de mujeres, y a la que son sometidas en torno a 2 millones de niñas y adolescentes cada

año¹. Las graves consecuencias de tal práctica, que tienen lugar a lo largo de toda la vida en la salud de las afectadas, han despertado la sensibilidad de la comunidad internacional, lo que ha propiciado una serie de iniciativas para la erradicación de esa clase de hechos en el contexto más amplio de la eliminación de las diferentes formas de discriminación de la mujer. En ese marco hay que situar la iniciativa del legislador español de tipificar expresamente la mutilación genital, con el fin de atajar específicamente la femenina, yendo más allá de las posibilidades de su tratamiento punitivo conforme a las figuras de lesiones ya previstas en el Código penal que se aprobó en 1995.

En nuestro país aún no existe certeza de la efectiva realización de comportamientos mutilatorios, plasmada en las correspondientes condenas por delitos de lesiones, si bien, entre los profesionales sanitarios, que trabajan en contacto con los inmigrantes, se ha alertado sobre dicha posibilidad en repetidas ocasiones. Así la prensa informa de la aparición de supuestos de ablación de clítoris a niñas, hijas de inmigrantes, aunque no existe aún ninguna sentencia que se haya pronunciado sobre ese tipo de hechos. Ello obedece a distintas razones; por un lado, investigado el entorno familiar de las menores sus padres declaran que tal hecho ha tenido lugar en el extranjero, durante una visita al país de origen, por lo que la jurisdicción española no puede actuar frente a ellos y por otro, en los casos en los que existen sospechas de que el hecho se ha llevado a cabo en España, la clandestinidad del mismo hace muy difícil dirigir la persecución penal frente a los responsables, por último, y la razón no menos importante, la indecisión ante una intervención penal frente a minorías marginales que no están plenamente integradas, lo que lejos de su mejor adaptación, va a estigmatizarlos contribuyendo así a su situación de exclusión social².

Ello pone de manifiesto que la mutilación genital femenina no tiene una única y definida respuesta. La cuestión no puede quedar reducida a un conflicto de valores culturales de la sociedad de acogida y los valores de los migrantes, buscando de esa forma una salida fácil en el sacrificio del valor minoritario. Asimismo, las posibilidades de aportar soluciones desde el ordenamiento jurídico, y en concreto del Derecho penal, son limitadas, tanto por los propios rasgos de ese sector del Ordenamiento investido del carácter de *ultima ratio*, como por la vigencia limitada de la ley penal en el espacio que hace que no puedan perseguirse esos hechos cuando se han llevado a cabo en el extranjero, supuesto no infrecuente, pues los inmigrantes, que conocen de la prohibición penal en nuestro ordenamiento, aprovechan alguna estancia en sus países de origen para mutilar a sus vástagos. Por ello, el debate político criminal sobre la conveniencia de intervenir penalmente ante esos comportamientos no se reduce al de su tipificación expresa, sino que también alcanza al de la necesidad de modificar el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para ampliar la posibilidad de persecución penal extraterritorial de hechos acaecidos fuera de España a los casos de mutilación genital³.

¹ Datos extraídos del Informe de Amnistía Internacional, pp. 2 y 16. *vid. ¿Qué es la mutilación genital femenina?* <http://www.es.amnesty.org/nomasviolencia/sabermas10mgf.php>.

² Sobre la posible existencia de casos de mutilación sexual *vid.* las siguientes noticias el País Sección sociedad de 29.04.01, 30.04.01, 01.05.01, 03.05.01; El Mundo sección de sociedad de 04.03.00.

³ En ese sentido, a favor de la inclusión de una cláusula de ese tenor en la LOPJ se pronuncia el Informe del CGPJ sobre el texto del Anteproyecto de L. O. en su página 55.

Y en este sentido, a lo largo de la actual legislatura, ha cristalizado una iniciativa con ese fin materializada en la **Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio**, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina⁴. Su texto añade un nuevo apartado g) al artículo 23.4 de la LOPJ con el siguiente tenor:

"Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España"

Por su parte, la tipificación de la mutilación genital ha tenido lugar añadiendo un segundo párrafo al artículo 149 del Código Penal, en el que hasta la fecha de su aprobación se describía un tipo agravado de lesiones en atención a su entidad, a los cuales se equipara el nuevo resultado lesivo expresamente descrito. El texto del artículo 149 del Código penal, en vigor desde el 1 de octubre de 2003, es el siguiente:

*"1. 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 12 años.
2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o 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".*

El objetivo de este trabajo es el de analizar el sentido de la incorporación del nuevo delito de mutilación genital al texto del Código penal y las consecuencias de la misma en el contexto más amplio de los delitos de lesiones⁵.

II. LA MUTILACIÓN SEXUAL FEMENINA

La mutilación genital femenina consiste en la eliminación total o parcial de los genitales femeninos externos u otras lesiones en los mismos órganos por razones culturales o religiosas o por otros motivos no terapéuticos⁶. La ablación comprende una serie de

⁴ B.O.E. n.º 163 de 9 de julio de 2005.

⁵ Como puede observarse en una primera aproximación, mientras que en el Código Penal se tipifica la mutilación sexual sin distinción de sexo, la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial limita la extensión extraterritorial de la competencia de la jurisdicción penal española sólo a los "hechos relativos a la mutilación genital femenina" y "siempre que los responsables se encuentren en España". Tal discordancia entre ambos textos, dirigidos a una misma finalidad de perseguir eficazmente una misma práctica delictiva, pudiera parecer una incoherencia grave del legislador, que puede encontrar su explicación en que la razón que orienta la nueva tipificación de la mutilación sexual es, precisamente, la evitación de la mutilación femenina, como práctica especialmente arraigada entre determinados colectivos de personas procedentes de otras naciones y llevada a cabo bajo la cobertura de determinados mitos de legitimación, aspecto que está ausente, o al menos de manera generalizada en una eventual mutilación masculina, por lo que a priori no sería necesaria una extensión de la competencia territorial respecto de tal clase de actuación. No obstante, para evitar una improbable –pero no imposible– diferencia de trato entre ambos sexos ante un supuesto mutilación sexual masculina, hubiera sido deseable mantener la correspondencia entre el texto del Código penal y el de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El inciso "siempre que los responsables se encuentren en España" supone una reducción de la competencia de la jurisdicción penal española hasta límites razonables, de manera que exista un elemento del hecho delictivo que lo conecte a España, y que active el interés del Estado en su persecución, y que en ese caso es que los responsables se encuentren en su territorio, lo que posibilita la intervención de las autoridades encargadas de la investigación y enjuiciamiento de delitos.

⁶ <http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev667articulo8.html>

prácticas que alcanzan todas ellas a la supresión, total o parcial, de los genitales externos y que provocan problemas de salud permanentes e irreversibles a quienes la padecen. La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) distingue, básicamente, tres modalidades distintas relacionadas con la misma:

Tipo I, extirpación del prepucio, con o sin extirpación total o parcial del clítoris.

Tipo II, escisión del clítoris acompañada de la extirpación total o parcial de los labios menores.

Tipo III, extirpación del clítoris, junto con la del resto de los genitales externos y suturación de la vagina, dejando un mínimo orificio para la salida de la orina y el flujo menstrual. Esta modalidad, denominada *circuncisión sudanesa o faraónica* (infibulación), es la más traumática y de consecuencias más graves para la salud de la mujer.

Por último, se suele incluir un IV tipo en el que se incluyen prácticas lesivas más variadas como pinchazos, perforaciones, incisiones y estiramientos del clítoris y o los labios; quemaduras del clítoris y tejidos circundantes, introducción de sustancias corrosivas o hierbas en la vagina que provocan erupciones y quemaduras; abrasión de la piel circundante al orificio vaginal y cortes de la vagina⁷.

Las consecuencias de la mutilación genital femenina varían según el tipo de procedimiento seguido. Generalmente, la mutilación se lleva a cabo sin unas mínimas condiciones de asepsia, sin instrumental médico. Tampoco se emplea anestesia, con lo que se convierte en una intervención sumamente dolorosa. Entre sus efectos nocivos a corto plazo se encuentran el grave riesgo de hemorragia e infecciones (muy a menudo el tétanos), que pueden llegar a ser mortales. Asimismo, la práctica de la mutilación se relaciona, frecuentemente, con la transmisión del virus del SIDA, riesgo que surge por las condiciones en las que se lleva a cabo la mutilación, o en el tratamiento de las complicaciones obstétricas derivadas de la mutilación, o también, por las heridas genitales asociadas a las relaciones sexuales⁸.

Las secuelas permanentes se describen como dolor persistente, cicatrización defectuosa, formación de abscesos y quistes, infecciones recurrentes en las vías urinarias, incontinencia e infertilidad. Las anomalías anatómicas producidas derivan en complicaciones en el parto, aumentando sus riesgos para la madre y el hijo. Pero sin duda alguna, el efecto más grave de la mutilación es la incapacidad para mantener relaciones sexuales satisfactorias afectando tanto al bienestar físico como psíquico de la mujer que ha sido víctima de ella, de tal manera que percibe y asume todo lo relacionado con su propia sexualidad como algo doloroso⁹.

La práctica de la mutilación genital femenina se localiza, fundamentalmente, en Africa, así como en algunas las comunidades de ese origen trasladadas hacia los países de destino de la inmigración¹⁰. Los países en los que se lleva a cabo con más frecuencia son

⁷ Consultado en <http://www.who.int>.

⁸ Informe de Amnistía Internacional... cit. p. 3.

⁹ Vid. FAVRETTO, A. R., MASCHERPA, F.; "Le concezioni di salute e di malattia nell'interazione terapeutica interculturale", *Dei delitti e delle pene*, n° 1, 1994, pp. 160-161.

¹⁰ Sobre la denominación de la ablación del clítoris como *circuncisión femenina* en una tendencia a equipararla a otra clase de prácticas de carácter religioso y sanitario sobre el varón y, en todo caso, ajenas esa finalidad de control sobre la sexualidad vid. CASADO, V.; "La mutilación genital femenina como forma de violación de los derechos humanos". *Género y derechos humanos*. Coords. A. GARCÍA INDA, E. LOMBARDO. Zaragoza, 2002, p. 419.

Sudan, Kenia, Nigeria, Somalia, Djibouti y Egipto. Se trata de una intervención puesta en obra por personal no sanitario y con un bajo costo económico. Generalmente se realiza por mujeres y suele tener lugar a una edad temprana, estando considerada como un rito de paso hacia la edad adulta, y fijado el momento de su realización en torno a los 14 años, si bien, en este aspecto, la costumbre difiere en los distintos países. Así en Eritrea es usual llevarla a cabo en torno a los 18 meses de vida de la niña, a los 6 años en Mali y a los 12 en Sudán¹¹; si bien se advierte por las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la cooperación y el desarrollo que la edad media tiende a descender para evitar que las niñas mayores se nieguen a someterse a la mutilación, como efecto de las campañas de sensibilización contra dicha práctica¹².

Pese a que en ninguna de las grandes religiones se encuentra una base para justificar la mutilación femenina¹³, ésta se ejerce de manera inveterada amparándose en distintos mitos de legitimación, no obstante su perpetuación en cada nueva generación obedece, únicamente, a consideraciones de *utilidad* en el marco de valores patriarcal y centradas en el *control de la sexualidad femenina, que se percibe como una amenaza para la conservación de la estructura social*¹⁴. En dichos mitos subyace la idea de que privando a la mujer del clítoris se extrae del cuerpo un elemento masculino¹⁵, reintegrando de esa manera su feminidad a su estado más puro¹⁶. Suelen ir acompañados de otra serie de falsas creencias, como las de que sirve para mejorar la higiene y que aumenta la fertilidad, o que el clítoris resulta peligroso para el varón que mantiene relaciones sexuales con la mujer no circuncisa o para el hijo, pues si el clítoris roza el pene del hombre o la cabeza del hijo al nacer, pueden morir¹⁷.

III. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

Son numerosos los textos internacionales que permiten fundamentar la prohibición de la mutilación genital femenina, unos que han surgido especialmente con tal fin dentro del contexto más amplio de eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, junto a otros, los que pueden considerarse “clásicos” en materia de reconocimiento de derechos humanos.

¹¹ Datos extraídos de HERSCH, L., “Renunciar a las prácticas nocivas, no a la cultura”. <http://www.advocatesfor-youth.org/publications/iag/renunciar.htm>

¹² Un estudio detallado de la incidencia de la mutilación genital femenina por países en atención a los procedimientos con los que se practica, su incidencia en la población y las actuaciones institucionales para evitarla puede verse en el Informe de Amnistía Internacional... cit. pp. 30-36.

¹³ Si bien algún sector de fieles del Islam han encontrado alguna base para la justificación de su práctica en algunos proverbios atribuidos al Profeta Mahoma. *vid.* Informe de Amnistía Internacional... cit. p. 9; CASADO, V.; “La mutilación genital femenina... cit. pp. 423-425.

¹⁴ *Vid.* HERRERA MORENO, M.; “Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina”. *Revista de Derecho penal*, nº 5, 2002, pp. 56-57.

¹⁵ Con cierto detalle MASCHERPA, F.; “Le concezioni... cit. pp. 159-160; Informe de Amnistía Internacional... cit. p. 6.

¹⁶ *Vid.* MARINA, J. A.; *El rompecabezas de la sexualidad*. Madrid, 2002, pp. 83-84; HERRERA MORENO, M., *Ibidem*.

¹⁷ Informe de Amnistía Internacional... cit. p. 7.

Así puede decirse que el fundamento último de tal prohibición se encuentra en la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (1948) en la que se contiene el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos y también, se reconoce el derecho a la seguridad de las personas y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ya en el contexto específico de los instrumentos dirigidos a evitar la discriminación contra la mujer hay que mencionar la **Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** (1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981). En su artículo 5 obliga a los Estados a adoptar todas las medidas apropiadas para la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. La Convención establece un órgano de vigilancia de su observancia en su art. 17, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que ha publicado, entre otras, la Recomendación General nº 14 (1990) en la que solicita a los Estados Parte que adopten medidas apropiadas y eficaces para la erradicación de la mutilación genital femenina, centradas en consideraciones de índole sanitaria y educativa.

Más adelante, en 1993 se aprueba la **Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer**. Entre las principales aportaciones de este texto, junto a la amplia definición de “violencia contra la mujer”, está la de destacar la violencia que tiene lugar en el marco de la vida privada y que por ello permanecía invisible en muchos casos para los poderes públicos¹⁸. Como muestra de esa clase de violencia considera específicamente la mutilación genital femenina y en su artículo 4 impide a los Estados “invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación” de procurar eliminar la violencia contra la mujer.

En otros textos la cuestión de la mutilación genital femenina se sitúa como una práctica que constituye un obstáculo, en el contexto del control de la propia sexualidad, al reconocimiento de la igual libertad de la mujer y el varón en el ejercicio de la misma y los derechos a la salud sexual y reproductiva. Así sucede en la **Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín** (1995), en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales** (1966) y en la **Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre la población y el desarrollo** (1994), perspectiva que orienta la acción desde la que se aborda la cuestión de la mutilación por la Organización Mundial de la Salud, como aspecto del derecho de las mujeres y niñas a disfrutar del mayor nivel posible de salud.

Desde otra perspectiva, la de eliminar la discriminación fundamentada en las creencias religiosas o ideológicas, la **Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones** (1981), establece en su art. 5.5 que: “la práctica de la religión o con-

¹⁸ Sobre esta clase de violencia, *vid.* NAREDO, M.; “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de derechos humanos”. *Cuadernos penales José María Lidón*, nº 1, pp. 191-199.

vicciones en las que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral”.

Tratándose de menores de edad, y siendo ese el supuesto más frecuente, el que la mutilación sexual se lleve a cabo a edades tempranas, entra en juego lo dispuesto en el art. 19 de la **Convención sobre los derechos del niño** (1989), que obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Y especialmente en relación con la materia que nos ocupa, el art. 24.3 establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”¹⁹.

IV. EL NUEVO DELITO DE MUTILACIÓN GENITAL DEL ART. 149.2 DEL CÓDIGO PENAL

La incorporación al artículo 149 del tipo de mutilación genital en un número segundo suscita numerosas cuestiones, no sólo las derivadas de la necesidad de concretar su ámbito típico propio, como sucede con la creación de cualquier nuevo delito, lo que habría de tener lugar por referencia a la clase de conductas que en él se quieren prohibir, y que en este caso es la mutilación sexual femenina, sino que la redacción dada al precepto permite incluir en su marco típico la mutilación sexual de cualquier persona, lo que exige un esfuerzo más amplio de precisión de las clases de hechos incardinables en él y, también, de delimitación de las fronteras con otros tipos penales, que pueden entrar en juego para calificar esos mismos resultados lesivos.

1. *Tramitación parlamentaria*

Un repaso a la andadura parlamentaria en la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica 11/2003 se nos muestra imprescindible para descubrir las claves que han guiado la decisión

¹⁹ En el ámbito de la Unión Europea, el Parlamento aprobó sendas resoluciones con fecha de diez de julio de 1997, la primera de ellas sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea (COM (96) 0650-C4-008/97) en la que se insta a trasladar las iniciativas para alcanzar la igualdad de sexos a todas las políticas y programas europeos que se desarrollen, y la segunda, sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (A4-0250/97) en la que se insta al Consejo de Justicia y de Asuntos de Interior a que apruebe disposiciones reglamentarias en materia de inmigración y solicitud de asilo con el fin de garantizar que las mujeres, que se vean perseguidas por razón de sexo, sean acogidas en la Unión Europea, siguiendo las recomendaciones del ACNUR.

Sobre la base de un análisis desde una perspectiva de género del texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hay autores que echan en falta la especificación en su art. 4 de la mutilación genital femenina como supuesto de tortura o trato degradante, y en consecuencia, que en el art. 19 del mismo texto se especifique esa –junto a otras– formas de violencia contra las mujeres como supuesto de límite a la expulsión o devolución forzosa a sus países de origen. *vid.* LOMBARDO, E.; “Algunas consideraciones sobre la igualdad de género en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea”. *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Coord. N. MARTÍNEZ SOLA. Madrid, 2004, pp. 342-343.

de tipificar, como figura delictiva autónoma, la mutilación genital. Tal decisión no es original del grupo político en el Gobierno que auspició la elaboración de la L. O. 11/2003, sino que ya se habían registrado otros intentos de llevar al Código Penal un tipo específico de mutilación genital²⁰, con escaso éxito para los grupos que los llevaron a cabo²¹.

El texto del art. 149.2 CP definitivamente aprobado, coincide, sustancialmente, con la base inicial plasmada en el *Anteproyecto*, y que se sometió a la actividad informadora del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado; si bien difiere del texto que inició la tramitación legislativa como Proyecto de Ley. Tanto el *Anteproyecto* como la L. O. 11/2003, definen el hecho prohibido de manera genérica en los siguientes términos: “causar a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, siendo pues indiferenciados el sujeto activo y el pasivo, que puede ser cualquiera en ambos casos.

Sin embargo, el *Proyecto de Ley* definía la conducta como “el que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, lo que limitaba específicamente la nueva figura delictiva a la mutilación sexual femenina, reflejando en su texto, únicamente, la clase de comportamientos que están en la base de las prácticas ancestrales, que han justificado ésta modificación legal. Ello explica que numerosas enmiendas, tanto en el trámite del Congreso como en el del Senado, se dirijan a precisar el alcance de la conducta mutilatoria, proponiendo como alternativa al texto del Gobierno el de: “el que causare la extirpación total o parcial del clítoris y/o cualquier otra parte de los órganos genitales externos”, por considerar que sólo ese hecho constituye una lesión equiparable a la inutilidad de un órgano miembro principal descrita en el párrafo primero del art. 149 CP²².

La recuperación del texto del artículo 149. 2 en la versión del Anteproyecto tiene lugar mediante la incorporación del contenido de la enmienda nº 141 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), que tiene lugar en el texto propuesto en el Informe de la Ponencia del día 11 de junio de 2003. Las razones que avalan los cambios sugeridos en esa enmienda son literalmente las siguientes: “creemos que la normativa debe tratar una situación

²⁰ Con anterioridad a la aprobación de la L. O. 11/2003 hubo otras iniciativas legislativas para mejorar la persecución penal de la mutilación genital.

La primera de ellas, la **Proposición de Ley 122/000131**, de 25 de mayo de 2001, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que en su exposición de motivos argumenta sobre la necesidad de modificar, por un lado, el 149 “con el objetivo de penalizar claramente la mutilación genital ritual” y por otro, la del art. 23 de la LOPJ para incluir las mutilaciones genitales junto a los delitos relativos a la prostitución, los de corrupción de menores e incapaces entre los delitos perseguibles aunque hayan sido cometidos fuera del territorio español. Si bien respecto de esta propuesta plantea adecuadamente la reforma legal, sin embargo, respecto del art. 149 presenta una redacción sin ningún cambio sobre el texto que estaba en vigor en ese momento. (vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. 25 de mayo de 2001 [nº 147-1]).

La otra **Proposición de Ley** es la **622/000012** de 1 de junio de 2001 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que plantea, por una parte, la modificación del art. 149 añadiéndole un segundo párrafo con el siguiente texto: “En todo caso se considerará comprendido en el párrafo anterior la mutilación genital femenina en cualquiera de sus manifestaciones”. Por otra parte, la modificación del art. 23.4 de la LOPJ añadiéndole una nueva letra g) con el siguiente tenor: “la mutilación genital femenina en todas sus manifestaciones, siempre que los responsables se encuentren en España” (vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado*. 1 de junio de 2001 [nº 14 a]).

²¹ Una valoración sobre dicha situación puede verse en ROCA AGAPITO, L.; “Los anteproyectos de 2003 de modificación del Código Penal. Una primera lectura de la regulación del sistema de penas”, *La Ley*, nº 5731, de 4 de marzo de 2003, p. 2.

²² Entre otras en el Congreso, las enmiendas nº 22 del Grupo Parlamentario Vasco, 74 y 93 del Grupo Izquierda Unida, 45, 46 y 55 del Grupo Parlamentario Mixto. En el Senado, las enmiendas nº 6, 39 y 84 del Grupo Parlamentario Mixto.

neutra como la que se propone y como se preveía en el anteproyecto, porque el hecho de precisar la tipificación de la mutilación de órganos genitales femeninos solamente podría, en hipótesis, llevar el efecto no querido de que una mutilación genital masculina no quedara penada ni por el párrafo primero del artículo —ya que los órganos genitales se tratan en el segundo apartado— ni por el segundo, porque sólo alude a los femeninos”²³.

Sobre el sentido de la tipificación expresa del nuevo delito de mutilación genital son variadas las opiniones. Así hay quienes consideran que viene a llenar una laguna legal por considerar que en defecto de ella no era posible castigarlas, otros entienden que sí era una modalidad reconducible a alguna de las figuras de lesiones, fundamentalmente, al tipo agravado de pérdida de un miembro principal; mientras que otros abogan por la tipificación expresa, que la diferencie como figura autónoma.

Así sobre la primera opinión expresada, la de quienes consideran que la mutilación sexual no encontraba acomodo en ninguno de los tipos del CP, el Sr. Ministro de Justicia, Michavila Núñez afirmó, en la presentación del Proyecto de Ley al debate a la totalidad en el Pleno del Congreso²⁴, que: “es [*scil.* la mutilación genital femenina] una práctica no sólo machista, humillante y aberrante, es una práctica absolutamente inhumana, que *no encuentra reflejo en nuestro Código Penal* [...]. En este momento, esa práctica aberrante e inhumana *queda impune en nuestro Código Penal*”. (sin cursiva en el original)

Entre quienes entendían que, en ausencia de una tipificación expresa de la mutilación genital, tales hechos eran incardinables en el tipo agravado de lesiones del artículo 149, se manifestó el Sr. López Aguilar²⁵. Y en el mismo sentido, el Sr. Cuenca Cañizares, en la defensa de la propuesta de veto presentada por el Grupo Parlamentario Mixto²⁶, considera que: “en lo que se refiere a la posible extirpación total o parcial del clítoris o de cualquier otra parte de órganos genitales externos, ya está suficientemente bien recogido en el Código Penal”²⁷. Matizando esa postura, el Sr. Silva Sánchez, consideró que si bien el delito del artículo 149 sirve para tratar adecuadamente los supuestos de mutilación genital, como tipo genérico, ello no excluye la necesidad de ir a hacia una tipificación específica, que precise mejor los rasgos definitorios de esa clase de hechos.

Otra cuestión, que se plantea reiteradamente a lo largo del debate parlamentario por representantes de distintos grupos, es la necesidad de modificar los criterios de atribución de competencia de la jurisdicción penal española para que sea posible perseguir en España a los responsables de un delito de mutilación genital, aun cuando se haya cometido en el extranjero. Con ello se pretende evitar que los padres y responsables de las menores de edad inmigrantes las trasladen a sus países de origen para realizarles allí la ablación, con la seguridad de no poder ser castigados penalmente a su regreso a España. Así, ya en la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (la n° 6)

²³ Vid. más extensamente el Debate de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, celebrada el martes 17 de junio de 2003. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*. n° 776, p. 24676.

²⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, n° 245, p. 12546.

²⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, n° 245, p. 12556.

²⁶ *Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, n° 500, p. 3.

²⁷ Con más detalle en al misma línea de razonamientos, la intervención del Sr. Cuenca Cañizares en el Dictamen de la Comisión de Justicia. *Diario de Sesiones del Senado. Sesión del Pleno, de 17 de septiembre de 2003*, n° 148, p. 9198.

se afirma que respecto de “la mutilación sexual femenina no se aborda el verdadero problema, que es su persecución y castigo por los Tribunales españoles”, y en atención a esa observación, a lo largo de los debates se repite la demanda de modificar el art. 23 de la LOPJ en el sentido de extender al delito de mutilación genital la regla que permite conocer de su enjuiciamiento a los tribunales penales españoles²⁸.

Por último, un grupo significativo de enmiendas se centran sobre el alcance y el contenido de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, cuando los responsables del delito sean los titulares de la misma sobre el menor o incapaz sometido a mutilación genital. De ellas, la número 94 del Congreso y la 40 del Senado proponen la desaparición de la previsión de la inhabilitación especial en los términos del *Proyecto*, pues en ellas se considera que una vez causado el daño irreversible que supone para una niña la ablación genital, la inhabilitación no despliega ningún efecto protector de la víctima y sí puede suponer un factor para su victimización secundaria. Para mejorar esa redacción, en las enmiendas número 95 y 96 del Congreso y las número 41 y 42 del Senado se propone una redacción alternativa a la previsión de la pena de inhabilitación.

Respectivamente, en la enmienda 95 del Congreso y la 41 del Senado, se dispone la pena de inhabilitación como aplicable, a uno o a ambos progenitores, con una duración fijada en un mínimo de 4 años y el tiempo restante para la mayoría de edad de la víctima. También prevén que la inhabilitación pueda imponerse “a petición del menor o incapaz o en el caso de que el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, previa consulta del mismo”. Mientras que en las respectivas enmiendas 96 y 42 se dispone, de manera expresa, la posibilidad de extender la privación del ejercicio de la patria potestad respecto de otros menores de edad o incapaces “si el juez lo estima adecuado para la protección de los mismos”. Ninguna de esas propuestas tienen reflejo en el texto finalmente aprobado, que se mantiene en los mismos términos del Proyecto inicial²⁹.

2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido en el delito de mutilación genital no es distinto del que se predica del resto de figuras de lesiones, la salud, entendida como ausencia de enfermedad o de alteración corporal³⁰, y comprende la integridad corporal si bien no de manera autónoma, sino vinculada al concepto de salud, pues puede haber pérdidas de sustancia corporal que se practiquen precisamente para mantener la salud³¹.

²⁸ En ese sentido la sugerencia del Sr. López Aguilar, *vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, n° 245, p. 12556; *vid.* también la posición a favor de esa modificación legal de la Sra. Uría Etxebarria del Grupo Parlamentario Vasco en el debate en comisión del día 17 de junio de 2003. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, n° 776, p. 24669.

²⁹ Una propuesta similar a la resultante del contenido de esas enmiendas es la incluida en las número 55 del Congreso y la 84 del Senado, si bien omiten la extensión de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta la mayoría de edad de la víctima.

³⁰ En esa línea, GONZÁLEZ RUS, J. J. *Derecho penal español. Parte Especial*. Coord. M. COBO DEL ROSAL. Madrid, 2004, p. 140; MARTÍNEZ RUIZ, J.; “Comentario a los artículos 147, 148, 149, 150 y 151”. *Comentarios al Código Penal*. Tomo V. Dir. M. COBO DEL ROSAL. Madrid, 1999, p. 355.

³¹ GONZÁLEZ RUS, J. J. *Ibidem*.

Respecto de los hechos característicos de las prácticas de mutilación genital, y sin que ello suponga una modificación del objeto jurídico de este delito, se advierte, no obstante, que la protección de la salud trasciende hasta la de la *dignidad humana* de la que la integridad corporal es un atributo, protección que enlaza directamente con el reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y moral y la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes del art. 15 de la Constitución; del que las mutilaciones sexuales rituales son una forma de violación especialmente grave, no sólo por los efectos sobre sus concretas víctimas, como por la entidad cuantitativa de un fenómeno, que infringe el contenido más elemental de todos los textos internacionales de reconocimiento de derechos de la persona, y que ha motivado la elaboración de documentos y directrices de actuación internacionales específicamente dirigidos a evitarlo.

Al hablar de dignidad humana nos referimos al *valor de la persona por el hecho de serlo*, que se define por ser libre e igual en derechos y libertades al resto de las personas. DÍAZ PITA la identifica con “la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de serlo”³². En ese sentido, se atribuye a la dignidad un carácter absoluto, de manera que por poseerla, la persona queda sustraída a cualquier uso utilitario o gratificador³³, de tal modo que como afirma DE LA CUESTA ARZAMENDI “la dignidad humana debe entenderse como garantía de la propia personalidad del ser humano y de su libertad moral: al ser humano sólo se le puede asegurar el reconocimiento de su condición de tal y de su libertad si se le garantiza esa inviolabilidad, su tratamiento como “persona” y no como “cosa” como un “fin en sí mismo”, de ahí la interdicción de su consideración como un “puro o simple medio” para la consecución de determinados fines y, simultáneamente, su protección frente a toda clase de ataques ofensivos, humillantes, degradatorios o envilecedores”³⁴.

3. El tipo penal de mutilación genital

El hecho prohibido en el tipo del artículo 149.2 consiste en “causar a otro una mutilación genital”. Mutilar es, según el Diccionario de la Real Academia, “cortar o cercenar una parte del cuerpo, y más particularmente del cuerpo viviente”³⁵, mientras que el adjetivo genital, significa “que sirve a la generación”, si bien, en su segunda acepción y considerado como sustantivo plural, alude, propiamente, a “los órganos sexuales externos”³⁶. Puede decirse pues, que la expresión *mutilación genital* describe la amputación de los órga-

³² DÍAZ PITA, M. M. “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, XX. Santiago de Compostela, 1997, p. 57.

³³ MONTANO, P. J. “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal”, *Actualidad Penal*, 1997, p. 421.

³⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, XX. Santiago de Compostela, 1998, p. 71.

³⁵ Como “cortar [a un ser vivo] una parte externa del cuerpo” se define en SECO, M.; ANDRES, O.; RAMOS, G.; *Diccionario del español actual*. Madrid, 1999.

³⁶ En el mismo sentido, en su modalidad de sustantivo plural, genitales se define como “parte externa del aparato genital” en SECO, M.; ANDRES, O.; RAMOS, G.; *Diccionario...* cit.

nos sexuales externos, y dado que el tipo se refiere a la conducta como causar a otro, siendo éste un tercero indiferenciado formulado al igual que en el tipo básico de lesiones, la mutilación del tipo de 149.2 puede ser tanto de un hombre como de una mujer. Tal conclusión se ve reafirmada al definirse el resultado del delito como “mutilación sexual en cualquiera de sus manifestaciones”, lo que permite incluir cualquier hecho que tenga como efecto la excisión de un órgano sexual, ya sea masculino o femenino, pues en ambos casos se trata de la manifestación de una amputación sexual.

Si bien la clase de hechos, que ha motivado la inclusión de este delito en el Código, ha sido únicamente la ablación genital femenina, y son los que propiamente se quieren evitar mediante el recurso a la amenaza de pena, como queda de manifiesto a lo largo de toda la tramitación parlamentaria y la Exposición de Motivos de la Ley; sin embargo, parece más adecuada la tipificación genérica finalmente llevada al texto legal, atendiendo la indicación de la enmienda 141 del Grupo Parlamentario Catalán, pues con una excesiva especificación de la conducta se corría el riesgo de dejar abiertas nuevas zonas de impunidad, de manera que quedasen fuera del tipo conductas igualmente merecedoras de castigo penal, que las expresamente descritas en el texto del nuevo 149.2 del Proyecto de ley, y que no encontrasen un adecuado reflejo en ninguno de los tipos penales del artículo 149 del CP. No obstante, la redacción definitivamente dada al nuevo delito provoca otra clase de cuestiones como es la relación de concurso entre algunas de las modalidades de lesiones del art. 149.1 y del 149.2 CP.

Respecto de la mutilación genital femenina, mediante la expresión “en cualquiera de sus manifestaciones” parece querer incluirse en el tipo penal todas las distintas modalidades de lesión descritas por la OMS, y siempre que alcancen el efecto mínimo de amputación, siquiera sea parcial de los órganos sexuales femeninos, dentro de las cuales la infibulación o circuncisión faraónica es la más traumática y de mayores consecuencias para la salud de la mujer. Quizá, la modalidad IV de la clasificación de la OMS, es la que más dudas presenta respecto de la posibilidad de incardinarlas en el tipo del 149.2, pues al tratarse de un conjunto de variadas técnicas lesivas, incisión, punción, quemaduras, abrasión química, de las que no se precisa específicamente su idoneidad para producir estrictamente el resultado descrito de amputación, siquiera sea parcial, de los órganos sexuales externos, no cabría estrictamente decir que se trata de una mutilación sexual. No obstante, cabe sostener su tipicidad en cuanto se trate de *lesiones de una entidad equiparable en sus efectos sobre la capacidad sexual a la efectiva amputación* ya descrita. Y semejante valoración estará plenamente justificada siempre que, como consecuencia de alguna de esas *acciones sobre los órganos sexuales femeninos*, y muy especialmente, el clítoris como el más directamente relacionado con la posibilidad de mantener relaciones sexuales satisfactorias, sea *dañado de manera que impida cumplir su función para el ejercicio de la sexualidad en plenitud*. En ese sentido, una lesión de tales características es similar en sus efectos sobre la mujer a la impotencia tipificada en el art. 149.1, y consistente en la incapacidad masculina de realizar el acto sexual, en cuanto que ambas suponen una falta de aptitud para mantener una relación sexual placentera y plenamente satisfactoria. Tal entendimiento es perfectamente viable y enlaza con otro de los significados posibles del verbo mutilar como es el de “cortar o qui-

tar una parte o porción de algo que de suyo debiera tenerlo”, y que respecto de una persona serviría para expresar la *privación de una capacidad que le pertenece por el hecho serlo*.

En cuanto a la mutilación sexual masculina, consistiría en la amputación de los órganos sexuales externos del varón de tal forma que se le imposibilite para la práctica sexual plenamente satisfactoria. Con anterioridad a la creación de este tipo penal, el pene y los testículos tenían la consideración de órgano principal, y su amputación se trataba en el tipo agravado del art. 149³⁷. No obstante, la nueva redacción dada al art. 149, junto con la creación del nuevo delito de mutilación genital, hace que ésta sea la sede más idónea para el tratamiento jurídico de las lesiones, que consistan en la privación de alguno de esos órganos por ser el tipo penal que la describe con mayor precisión. Otra cuestión, que cabría plantearse, es si la circuncisión masculina integra el tipo de mutilación genital³⁸. Tal operación consiste en la excisión total o parcial del prepucio del pene, y es el tratamiento quirúrgico empleado para corregir la fimosis. Se trata pues de una intervención, que correctamente practicada, no sólo no priva al que la padece de ninguna de sus capacidades, sino que sirve para corregir defectos orgánicos que impedirían a quien la sufre el pleno ejercicio de su capacidad sexual, por lo que su realización no integraría el tipo de mutilación genital.

Con anterioridad a la tipificación expresa de la mutilación sexual hemos visto que la amputación de los órganos sexuales masculinos se estimaba como privación de miembro principal, mientras que la ausencia de jurisprudencia respecto de la ablación de clitoris nos impide conocer si tal órgano tenía o no la consideración de principal. A favor de su consideración como tal se manifiestan distintas opiniones a lo largo de la tramitación parlamentaria, así como algunos autores³⁹. No obstante, su consideración definitiva como «órgano principal» habría de venir dada por vía interpretativa de tal concepto, con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica⁴⁰.

Tampoco resultaría plenamente viable y sin serias objeciones el intento de llevar la mutilación sexual femenina al tipo agravado del artículo 149 considerando tal hecho como un supuesto de *impotencia*, y ello pese a que algunos autores consideran tal efecto predicable del varón y de la mujer⁴¹, entendiéndose por tal la *impotentia coeundi* o imposibilidad de realizar el coito, y con ella, anulación de la capacidad para disfrutar de una vida sexual plena⁴². No obstante, ello supone que ambos elementos, esto es la capacidad para

³⁷ *vid.* STS de 12 de febrero de 1993 (Base de datos Aranzadi ref. RJ 1058) respecto del pene y las siguientes afirmaciones de la STS de 29 de noviembre de 2000 (Base de datos Aranzadi ref. RJ 10157), respecto de los testículos: “Es claro que la pérdida o inutilidad de los dos testículos se subsume en el tipo agravado de las lesiones del art. 149 del Código Penal, pues la pérdida anatómica de un miembro corporal supone la pérdida de la funcionalidad, esto es, de la función que ambos testículos desarrollan”.

³⁸ A diferencia de la femenina, la circuncisión masculina, sí encuentra una base en la tradición religiosa y así sucede, por ejemplo, con su observancia preceptiva en el judaísmo. La circuncisión adquiere el significado de rito de iniciación a la vida familiar y del clan, como símbolo de la alianza entre Dios y el pueblo elegido, convirtiéndose en signo de la pertenencia de los varones judíos al pueblo de Dios. Sobre el origen de esa tradición *vid.* capítulo 17 del Génesis.

³⁹ En ese sentido se pronuncia el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el Anteproyecto de L. O. de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, p. 22 si bien, valora positivamente la tipificación expresa para destacar así sustantividad como modalidad lesiva diferenciada.

⁴⁰ Reflexiona de manera similar HERRERA MORENO, M.; “Multiculturalismo... cit. pp. 66-67.

⁴¹ *vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M., “Comentario al art. 149”. *Comentarios al nuevo Código penal*. 3ª ed. Pamplona, 2004, p. 149.

realizar la unión sexual (coito) y la obtención de placer sexual van unidas en la mujer de manera inseparable; lo que no sucede en la realidad pues, precisamente, una mujer que ha sido sometida a la clitoridectomía puede realizar una unión sexual, aunque privada absolutamente de cualquier sensación placentera. Y en esa posibilidad de disociar la realización del acto sexual y la obtención de placer por la mujer está el origen de la ablación femenina como medio de sumisión y dominio masculino, pues si las prácticas mutilatorias privaran absolutamente de la posibilidad de mantener una unión sexual perderían su sentido. Se advierte pues, que en ese concepto amplio de *impotencia* se han filtrado consideraciones valorativas⁴³, que presuponen la igualdad del varón y la mujer en cuanto sujetos de distinto sexo implicados en el acto sexual, concepto que es plenamente asumible en el contexto de una sociedad democrática y plural como la española, si no fuera porque no es ni unívoco ni indubitado y convive con él que puede considerarse estricto y suministrado por el uso común del lenguaje como *imposibilidad en el varón para realizar el coito*⁴⁴, por lo que, de nuevo, el tratamiento jurídico de una mutilación sexual femenina en el tipo agravado del artículo 149 a través de su reconducción al concepto de impotencia, quedaría sujeto a la apreciación del intérprete, con la consiguiente inseguridad jurídica, por lo que tal solución participa de las mismas objeciones que se le han hecho a la posibilidad de llevarlo al de miembro principal.

Es por todo lo expuesto, que la tipificación expresa de la mutilación genital, no se olvide que teniendo por motivación la evitación expresa de la femenina, como práctica especialmente arraigada y difundida entre determinados colectivos, parece tener como finalidad la equiparación expresa de la protección de la mujer y el varón frente a determinadas formas de lesiones, diversas por la diferencia fisiológica de los sexos, pero igualmente incapacitantes para ambos en el mismo sentido, de privarles de la plenitud de sus capacidades sexuales.

La tipificación expresa de la conducta de mutilación genital muestra la voluntad decidida de igualar punitivamente el tratamiento de hechos, la amputación de órganos sexuales femeninos, que tanto por la propia diversidad fisiológica de los dos sexos, como por el significado propio de los términos empleados en la descripción del catálogo de resultados del art. 149, no era reconducible a ninguno de los legalmente previstos, pues ni la impotencia es propiamente predicable de las mujeres, ni la esterilidad es consecuencia necesaria de todos los supuestos de ablación del clítoris, pues, tal lesión atañe a la incapacidad de la mujer para concebir, y por último, la posibilidad de dejar la calificación de los supuestos de ablación, en las diversas formas que encierra esa práctica, a la modalidad de privación de órgano principal, quedaba abocada a la voluntad del intérprete, con la consiguiente inseguridad jurídica, y el riesgo de que en la calificación de esas lesiones como pérdida de «miembro principal» se filtren valoraciones semejantes a las de quienes justifican la conservación de esa práctica

⁴² *vid.* CASTELLANO ARROYO, M.; "Las lesiones en el Código penal". *Gisbert Calabuig. Medicina legal y Toxicología*. Edit. E. VILLANUEVA CAÑADAS. 6ª Edición. Barcelona, 2004, p. 318.

⁴³ Sobre la elaboración cultural y el carácter valorativo de los conceptos más amplios de salud y de enfermedad, *vid.* ampliamente FAVRETTO, A. R., MASCHERPA, F.; "Le concezioni.. cit. pp. 147 y ss.

⁴⁴ *vid.* Aceptación tercera del DRAE, en el mismo sentido la definición de SECO, M.; ANDRES, O.; RAMOS, G.; *Diccionario...* cit. como "en el hombre: incapacidad para realizar el acto sexual. También *impotencia sexual*".

minimizando sus efectos sobre la salud de la víctima, y consiguientemente con la posibilidad de degradarlas, en el mejor de los casos, al tipo de lesiones del art. 150 pérdida de miembro no principal, o bien, al tipo básico de lesiones del art. 147 CP.

Por lo expuesto la modificación legal merece la valoración positiva, pues permite castigar con la misma pena hechos diferentes, cuya diferencia atiende, definitivamente, a la distinta configuración fisiológica del varón y la mujer, pero que producen en ambos sujetos idéntico efecto pernicioso sobre su salud y su capacidad personal: la privación de la capacidad de mantener relaciones sexuales satisfactorias. Sin embargo, tal entendimiento no está, en absoluto, exento de objeciones, que, tempranamente, son puestas de manifiesto en el Informe de la Fiscalía General de Estado sobre el texto del Anteproyecto, en el que se considera ambigua la descripción de la conducta como “provocar a otro una mutilación genital”, pues si bien entendida ésta como privación de los órganos sexuales externos, permite incluir sin dificultad la clase de conductas que se quiere prohibir y que no son otras que la amputación del clítoris, quedaría en ese caso aun la duda de si el clítoris es un órgano sexual. Precisamente para orillar la posible respuesta negativa a esa cuestión en el Informe se propone sustituir la redacción originaria por la de “el que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris”. No obstante, a tal objeción cabe responder que, de acuerdo con el uso común del lenguaje, puede considerarse fuera de toda duda la consideración de «órgano sexual» del clítoris, pues si «órgano» es según el Diccionario de la Real Academia, “cada una de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función”⁴⁵, no puede decirse que el clítoris no sea una parte del cuerpo, a la que le corresponde una importante e insustituible función en el ejercicio de la sexualidad femenina.

No era por tanto una auténtica falta de tipos penales para atender la mutilación genital femenina la que justificó la reforma legal, pues era posible su castigo por medio de las figuras ya existentes de lesiones, sino el deseo de dotar de un mismo tratamiento legal agravado a las lesiones, que incapacitan para una vida sexual satisfactoria a las mujeres, y que en defecto de esa reforma tenían un tratamiento punitivo más benévolo que lesiones de entidad similar causadas a un varón, que en todo caso era reconducible a alguna de las modalidades más graves de delito, ya se tratase de impotencia o de la privación de un miembro, que tratándose de alguno los genitales externos de un varón, en todo caso, se catalogaban como principales.

4. *Causas de exención de responsabilidad penal*

La amplitud del registro de posibles hechos, que cabe dentro del supuesto legal del tipo del art. 149.2 descrito como “causar a otro mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, impide mostrar un criterio único sobre la posible aplicabilidad de causas de justificación a unas lesiones constitutivas de mutilación genital, y desde luego, tal criterio no

⁴⁵ En el mismo sentido la definición de SECO, M.; ANDRES, O.; RAMOS, G.; *Diccionario...* cit. como “parte [de una cosa, esp. de un cuerpo animal o vegetal] que realiza una función específica”.

puede buscarse, exclusivamente, sobre la base de las consideraciones que están presentes en el conjunto de prácticas que se ha definido específicamente como mutilación sexual femenina con pretensiones generalizadoras para todo el elenco posible de casos.

Así pues, teniendo en cuenta que el hecho típico se refiere a una mutilación sexual, ya sea de un varón o de una mujer, y que como bien jurídico se protege la salud, no resulta extraña la posibilidad de aplicar la eximente de legítima defensa del art. 20.4º CP de manera similar a la que operaría en relación con cualquier otro delito de lesiones. Cabe que un sujeto (varón o mujer) ante un ataque a uno de sus bienes jurídicos personales (vida, salud, libertad sexual...) que sea constitutivo de una agresión ilegítima, use la violencia física sobre otra persona (varón o mujer) y que como consecuencia de ello se produzca una lesión del artículo 149.2, que pudiera quedar justificada por la eximente de legítima defensa. Y de igual manera sucede con la posible aplicación del resto de causas de justificación (estado de necesidad, cumplimiento de un deber específicamente en relación con el uso de la violencia por funcionarios de policía) respecto de las lesiones típicas del art. 149.2; esto es, su tratamiento no es distinto del que reciben respecto de otros delitos de lesiones.

Por su parte, es sabido que el consentimiento en las lesiones, y la mutilación genital no es una excepción, no exime de responsabilidad penal, sino que sólo sirve para atenuar la pena en uno o dos grados, como se dispone en el art. 155 CP.

Distinta es la posibilidad de justificar la práctica de la mutilación sexual femenina, como uso tradicional de ciertas culturas, bajo la concurrencia de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7º CP, en este caso, el derecho a la libertad ideológica o de creencias, o bien como, una modalidad de éste, la objeción de conciencia, en este caso, al cumplimiento de la norma que prohíbe lesionar a otro, basada en el cumplimiento del deber derivado de la propia creencia.

La libertad de creencias se reconoce en el art. 16 de la Constitución, si bien como el resto de derechos no es ilimitado, disponiéndose en ese mismo artículo, como límite en sus manifestaciones, el mantenimiento del orden público protegido por la ley⁴⁶.

En los supuestos, que se trata de justificar bajo el amparo de la eximente de ejercicio de un derecho, nos encontraríamos con un conflicto entre la libertad de creencias y la integridad personal, atributo de la dignidad humana, que impide justificar el ejercicio de aquel derecho a costa de la salud de otra persona. En apoyo de esta posición, además del valor fundamental de la dignidad humana y el carácter absoluto de la prohibición de trato inhumano y degradante del art. 15 de la Constitución, que explicarían suficientemente la negativa a eximir de responsabilidad, nos encontramos con una toma de posición expresa en el ordenamiento jurídico, expuesta en el art. 3.2 de la L. O. sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴⁷, como un límite al relativismo cultural, de manera que la incorporación de sistemas de valores diversos procedentes de culturas diferentes no pueda servir para amparar la violación de derechos. Tal precepto impone el respeto al catálogo de derechos humanos como mínimo común imprescindible para la convivencia pacífica de la sociedad democrática⁴⁸.

⁴⁶ Sobre el contenido del derecho a la libertad ideológica *vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*. Barcelona, 1989, pp. 38-62; FLORES MENDOZA, F.; *La objeción de conciencia en Derecho penal*. Granada, 2001, p. 114.

Abundando en la cuestión planteada, los posibles conflictos derivados del multiculturalismo deben resolverse desde una perspectiva de consideración a la dignidad personal, y en ese sentido el respeto a los derechos humanos deber ser el “mínimo común denominador” en el tratamiento de la diferencia entre personas y culturas, mínimo respaldado por el consenso internacional que lo hace irrenunciable en cualquier circunstancia⁴⁹. En ese sentido parecen dirigirse también las reflexiones de HERRERO HERRERO, “no es lícita la asimilación impuesta a los extranjeros, pues ello iría contra el derecho del ser humano a su propia identidad étnica y cultural. Aunque esa identidad –ha de subrayarse también– no ha de construirse con elementos que lesionen la convivencia, basada en el respeto a la ley democrática y a los legítimos derechos del resto de los ciudadanos, sean de la nacionalidad que sean, pues todo ello forma, como advierte nuestra Constitución, parte fundamental «del orden político y de la paz social»”⁵⁰.

Cuando se trata de víctimas menores de edad, como señala, FLORES MENDOZA, respeto de un supuesto similar –el de la transfusión de sangre a hijos de testigos de Jehová– rigen los deberes de la patria potestad, de manera que el conflicto entre la libertad de creencias y la salud de los menores de edad, debe de resolverse en un plano previo, como conflicto entre la libertad de creencias, por un lado y el deber legal hacia los hijos⁵¹. Con-

⁴⁷ En la redacción dada por las leyes orgánicas 4/2000, de 11 de enero, 8/2000 de 22 de diciembre y 14/2003, de 20 de noviembre.

Art. 3.2 de la LOEx:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”.

Específicamente respecto de la mutilación genital femenina, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, afirma 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”.

⁴⁸ En ese sentido BALAGUER CALLEJÓN afirma: “Los derechos fundamentales no pueden quedar relativizados en virtud de costumbres arcaicas basadas en criterios religiosos o culturales de cualquier especie. Ninguna minoría puede pretender el acceso a los derechos «a beneficio de inventario», pues el reconocimiento de esos derechos supone la aceptación de un estándar de protección que debe aplicarse por igual a todos los ciudadanos. Es cierto que ese estándar se ha configurado sobre la base de tradiciones culturales occidentales. Sin embargo, también lo es que gracias a él se ha conformado un sistema de protección de los derechos universalmente aceptado (aunque no implantado como tal en todos los países)”. BALAGUER CALLEJÓN, F.; “Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”. *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*. Coord. M. MOYA ESCUDERO. Granada, 2001, p. 484.

⁴⁹ Sobre el particular *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “El Derecho penal ante la globalización”, *El Derecho penal ante la globalización*. Coodrs. L. ZUÑIGA, C. MENDEZ, M. R. DIEGO, Madrid, 2002, pp. 13-15. Sobre la necesidad de fijar ese mínimo común indisponible para los distintos ordenamientos jurídicos, mínimo que está necesariamente vinculado la condición de persona y el respeto a su dignidad, como una base objetiva SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Reflexiones sobre las bases de la política criminal moderna”. *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 216-217.

En la misma línea ZAPATA BARRERO, R., “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *Reis*, 2000, pp. 176 y ss.; MARTÍNEZ-GARCÍA, B. J., “El acceso de los extranjeros a los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n° 84, 1995, p. 279; MARTÍNEZ ZATO, J. J., “Inmigración y nuevas normas europeas”, Sección de opinión. *El País*, 22 de junio de 2002, p. 14.

⁵⁰ HERRERO HERRERO, C., “Migración de extranjeros. Su relación con la delincuencia. Perspectiva criminológica”, *Actualidad Penal*, n° 9, 2003, p. 261.

flicto que debe saldarse siempre a favor de los hijos o representados, y teniendo en cuenta que la patria potestad, o la tutela en su caso, han de ejercerse siempre en beneficio de los menores de edad⁵², al tiempo que, la mutilación entraña una lesión de carácter permanente e irreversible que condicionará la vida de quien la ha sufrido, y que por ello, eventualmente, sólo podría justificarse por el ejercicio de la propia libertad del sujeto que la padece, cuando esté en condiciones de ejercerla en edad adulta. Y aun, en tal supuesto, el consentimiento del lesionado sólo daría lugar a la atenuación de pena en uno o dos grados, pero no a la completa exención de responsabilidad del tercero autor de las lesiones, y ello a salvo de un posible caso de autolesiones, que son atípicas y por ello impunes.

No parece, pues, posible amparar la práctica de la mutilación sexual femenina como tradición bajo la operatividad de ninguna causa de justificación. No obstante, es común aceptar, situados ya en el ámbito de la culpabilidad, la incidencia de algún efecto exculpante, si no total, siquiera parcial, atendiendo a la especial condición del infractor. Y en este punto, los posibles expedientes legales manejados por la doctrina son varios.

Hay quienes apuntan el error sobre la ilicitud del hecho como la sede más idónea para tratar los supuestos de quienes practican la mutilación sexual basada en razones culturales⁵³. No obstante, la clandestinidad de tales prácticas, así como el frecuente recurso de trasladar a las víctimas hacia sus países de origen para llevar a cabo el hecho impunemente sin consecuencias en los países de destino de la inmigración, hacen difícil de fundamentar el desconocimiento de la prohibición penal exigido por la regulación legal del error de prohibición del art. 14 del CP⁵⁴.

Así TAMARIT SUMALLA propone la posibilidad de excusar, total o parcialmente, sobre la base de la eximente de padecer alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia, que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad⁵⁵. Si bien de quienes vienen de una cultura diferente, y que no comparten las mismas valoraciones que las plasmadas en el ordenamiento jurídico, puede decirse que padecen el mismo efecto que el producido por dichas alteraciones, pues tienen distorsionada gravemente su conciencia de la realidad en lo que atañe a la comprensión de lo ilícito, sin embargo, de ellos no puede afirmarse que padezcan el sustrato biológico de la eximente del art. 20.3º CP; pues, la socialización en unos valores culturales diferentes a los mayoritarios no puede considerarse, propiamente, que sea una «alteración en la percepción»⁵⁶, y una equiparación tal supondría considerarla como una especie de inimputabilidad por factores psicosociales, que como señala HERRERA MORENO, implicaría «consagrar la sospechosa doctrina de la *eficacia incapacitante* de determinadas culturas»⁵⁷. No existe en

⁵¹ Vid. FLORES MENDOZA, F.; *La objeción...* cit. pp. 391 y ss.

⁵² Vid. art. 39.3 de la Constitución, 154 del Código Civil (patria potestad) y 215, 216 y 269 del Código Civil (tutela).

⁵³ En esa línea parece situarse GARCÍA ARÁN, M.; «Prevenir las mutilaciones sexuales», *El Periódico de Catalunya*, sección de Opinión, de 9 de mayo de 2001.

⁵⁴ En el mismo sentido vid. HERRERA MORENO, M.; «Multiculturalismo... cit. p. 75.

⁵⁵ TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al art. 149...cit. p. 787.

⁵⁶ Sobre las dificultades e inconvenientes de incluir los déficits culturales de personas originarias de culturas minoritarias en la eximente del art. 20.3º CP vid. CARMONA SALGADO, C., «Artículo 20.3º». *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. Dir. M COBO DEL ROSAL. Madrid, 1999, pp. 296-298.

⁵⁷ HERRERA MORENO, M.; «Multiculturalismo... cit. p. 74.

nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de otros de Estados con una diversidad cultural originaria, un precepto que permita excluir o atemperar la responsabilidad penal cuando exista una comprensión distorsionada de la norma penal condicionada por la pertenencia a una cultura minoritaria como el previsto en el art. 15 del CP peruano de 1991⁵⁸ mediante el cual dar adecuada y específica respuesta a las especiales características de esos supuestos⁵⁹, que como señala LARRAURI PIJOÁN no son propiamente ni de error ni de falta de capacidad, si bien esta misma autora advierte de las dificultades de articular el tratamiento jurídico de la diferencia valorativa cultural y, muy especialmente, de la selección de qué hechos deberían ser tratados de manera diferente desde esa óptica⁶⁰.

Ante las dificultades de reconducir una posible exclusión o disminución de la responsabilidad de quienes cometen la mutilación genital como práctica, cultural o tradicional, mediante los instrumentos legales ya expuestos, se considera la *no exigibilidad* de un comportamiento adecuado a la norma la sede idónea para tratar esos supuestos, si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la existencia de una causa supralegal de inculpabilidad por ese motivo, no siendo inscribible, ni en el miedo insuperable del art. 20.6°, ni tampoco al, menos no sin fricciones, en el estado de necesidad exculpante⁶¹. Dificultades, no sólo técnicas, sino especialmente basadas sobre la discutible conveniencia de abrir paso a la exención de responsabilidad ante muy graves violaciones de la dignidad humana representadas por la mutilación genital femenina y que podría llegar a suponer el dejar sin eficacia los esfuerzos llevados a cabo para el eficaz tratamiento penal de esa clase de prácticas. No se desconoce que el mayor peso en la tarea de erradicación de esa clase de hechos ha de ser previo y externo a la intervención penal, y ha de venir dado por la socialización en valores de respeto a la integridad personal cualquiera que sea el sexo de la persona, mediante la educación integradora en las sociedades de acogida y la evolución hacia una transición dinámica con los valores de los inmigrantes; si bien, fracasada esa línea prioritaria de actuación, no puede obviarse el papel que corresponde al Derecho penal como instrumento de protección frente a los ataques más graves e intolerables a bienes jurídicos⁶². Sólo un avance paralelo en la socialización extrapenal dentro de valores mínimos e irrenunciables en el seno de la sociedad democrática plural, así como la

⁵⁸ Sobre dicha regulación así como los problemas específicos de convivencia de diversas minorías culturales en ese país *vid.* ARMAZA GALDÓS, J., "El condicionamiento cultural en el Derecho penal peruano". *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*. Madrid, 2003, pp. 543-553.

⁵⁹ Más sobre la problemática y el tratamiento de la comprensión distorsionada del derecho penal culturalmente condicionada *vid.* BASÍLICO, R., "La comprensión de la norma como garantía en el sistema penal (la cuestión de la diversidad cultural en el Derecho penal latinoamericano de hoy)". *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*. Madrid, 2003, pp. 555-590.

⁶⁰ LARRAURI PIJOÁN, E.; "Feminismo y multiculturalismo". *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*. Instituto Vasco de la Mujer. 1998, pp. 43-44.

⁶¹ Ampliamente sobre las dificultades para fundamentar la existencia de una causa supralegal de exculpación reconducible al estado de necesidad exculpante *vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., *Conciencia y Derecho Penal*. Granada, 1994, pp. 269-275.

⁶² En la misma línea las siguientes reflexiones: "Sería pecar de ligereza desconocer que la cuestión de las mutilaciones genitales es una manifestación de un fenómeno más amplio para el que el Derecho Penal y las sanciones penales no tienen ni deben tener la solución. Por otra parte, seguramente estamos ante un problema que irá perdiendo peso con cada generación futura. Pero ello no es argumento suficiente para quedarse de brazos cruzados y no intentar prevenir hechos que hoy son una realidad". *vid.* BOLEA BARDÓN, C.; ROBLES PLANAS, R. "Las mutilaciones genitales y los límites de la tolerancia". *El País*, edición Cataluña. 5 de mayo de 2001.

aplicación de las normas penales frente a las más graves lesiones de la dignidad humana representadas en la mutilación genital de niñas y mujeres, permitirán, a medio plazo, reducir la entidad de esa clase de hechos en nuestro país, llegando a situarse esa clase de prácticas en las mismas coordenadas que el resto de los atentados contra la salud y la integridad corporal descritos en los tipos de lesiones⁶³.

5. *Cuestiones concursales*

La descripción del hecho del art. 149.2 CP como “causar a otro mutilación sexual” hace que el resultado típico de pérdida de los órganos sexuales externos, que lo caracteriza, pueda superponerse con otros resultados lesivos descritos en el art. 149.1, muy especialmente, cuando de la mutilación sexual de un varón se trata. Así cuando la privación de alguno de esos órganos suponga la imposibilidad para mantener una unión sexual el hecho se solapa con la impotencia; y si dicha privación tiene como efecto la incapacidad para fecundar y con ello generar otro ser, en ese caso, se solapa con la esterilidad. Además, hay que tener en cuenta que, antes de la tipificación de la mutilación genital, cualquiera de esos órganos del varón tenían la consideración de miembro principal, por lo que su pérdida también era incardinable en esa modalidad específica del art. 149.1. Con la tipificación expresa de la mutilación genital, cualquiera de los referidos resultados quedarán comprendidos en ella, cuando tengan lugar por la amputación o privación de los órganos sexuales externos del varón, siendo este resultado típico el que mejor especifica los efectos de tal hecho y por tanto de aplicación preferente frente a los restantes, por mor del principio de especialidad del art 8.1º CP.

En cualquier caso, la calificación del hecho de mutilar sexualmente a un varón ya sea por alguno de los tipos del art. 149.1 o del más específico del 149.2 es irrelevante respecto de la pena privativa de libertad a imponer que, en todo caso, es de seis a doce años de prisión, y que como ya se ha advertido tiene como objetivo otorgar el mismo tratamiento punitivo a las mutilaciones genitales, y específicamente las femeninas, que no encontraban una clara e indubitada ubicación en ninguna de las modalidades lesivas del párrafo primero. No sucede así, en cambio, respecto de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad tratándose de víctima menor de edad varón, pues de calificarse el hecho como mutilación genital tendrá el carácter de pena principal prevista directamente en el tipo, y de imposición facultativa para el juzgador, mientras que de calificarse el hecho conforme a alguna de las tipicidades del número primero tal pena sólo podrá imponerse, eventualmente si fuera necesaria, siguiendo el régimen de las penas accesorias fijado en los arts. 55 y 56 CP. Y dado que la pena principal prevista para ese delito es la de prisión de seis a doce años, la accesoria correspondiente será la del art. 55 CP, consistente en la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Respecto de la relación del tipo del 149.2 CP cuando tenga por víctima a un menor corta edad o bien a un incapaz y el tipo agravado de lesiones del art. 148 concurriendo la

⁶³ Destaca también la importancia de la intervención previa y ajena al marco penal reduciendo ésta a su carácter de *ultima ratio* GARCÍA ARÁN, M.; “Prevenir las mutilaciones sexuales ... cit.

circunstancia 3ª de ser la víctima menor de doce años o incapaz, será de aplicación preferente el tipo de mutilación genital del art. 149.2 por especificar mejor el resultado contra la salud, que el más genérico del art. 148 y que se remite al del tipo básico de lesiones del art. 147.1, que es definido de manera residual.

6. *Penalidad*

La pena prevista para el tipo de mutilación genital del art. 149.2 CP es la de seis a doce años de prisión. Junto a ella se prevé que será aplicable, para el caso de la víctima sea menor de edad o incapaz, la de “inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”. La previsión de esa pena en tales términos determina que su imposición no sea preceptiva siempre que se cometa ese delito, sino que queda sujeta a la valoración judicial, que habrá de tener en cuenta principalmente si ello es “adecuado al interés del menor”. Su carácter facultativo parece lo más adecuado para que, definitivamente, la privación o no de la patria potestad, se adopte de acuerdo a las necesidades particulares de protección de los hijos menores de edad según las circunstancias de cada caso concreto. Se separa así la regulación legal de lo anunciado en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que parece aludirse a esa inhabilitación como de imposición obligatoria, como se deduce del siguiente texto: “Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, *se aplicará* la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor”, a lo que se añade una discutible consideración de tal medida de inhabilitación como “*absolutamente necesaria* para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”, pues, no siempre la separación de la menor de su familia será necesaria en esos términos y puede suponer, como se señala en la enmienda número 75 de las presentadas en el Congreso, una forma de victimización secundaria.