

<http://estaticos.elperiodico.com/resources/pdf/1/5/1369246916951.pdf>

AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN NOVENA  
BARCELONA

### **Rollo Procedimiento Ordinario nº 3/2012**

Sumario num. 1/2011

Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Vilanova i la Geltrú (Barcelona)

### **SENTENCIA Nº**

Ilmo. Sr. e Iltmas. Sras. :

D. José María Torras Coll

D.ª Myriam Linage Gómez

D.ª Celia Conde Palomanes

En la ciudad de Barcelona, a trece de mayo del año dos mil trece.

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección Novena de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa nº 3/12, procedente de Sumario num. 1/11, del Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), seguida por **dos delitos de mutilación genital femenina**, contra los acusados, **BINTA SANKANO**, mayor de edad, en cuanto nacida el día 10 de octubre de 1978, en Gambia, nacional de Gambia, hija de Hapmadu y de Hawa, con NIE nº X-285463-T, domiciliada en Vilanova i la Geltrú, calle Rambla Salvador Samà, 2, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional por esta causa, representada por la Procuradora de los Tribunales, D.ª Elena Lleal Barriga y defendida por la Abogada, Sra. Sonia Jiménez Randolpho, y contra el acusado, **SEKOU TUTAY**, mayor de edad, en 1 de junio de 1969, en Allunhari (Gambia), hijo de Mahamadou y de Sadi, nacional de Gambia, con NIE nº X-1448824-P, vecino de Vilanova i la Geltrú, domiciliado en la calle Rambla Salvador Samà, nº 2, de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora de los Tribunales, D.ª Patricia Sande Sucarrats y defendido por la Letrada, Sra. Vanesa González Fornes. Ha comparecido y ha sido parte interviniente, personada como Acusación Pública, el Ministerio Fiscal, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado, D. José María Torras Coll, el cual expresa el parecer unánime del Tribunal, previa deliberación y votación.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - En las fechas previamente fijadas se celebró el juicio oral y público en la causa referida en el encabezamiento, practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes que habían sido admitidas y declaradas pertinentes, con el resultado que es de ver en el acta del juicio.

**SEGUNDO.** -El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones, elevando las provisionales a definitivas, calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento, como legal y penalmente

constitutivos de dos delitos de mutilación genital femenina, previstos y penados en el art. 149. 2º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de cuyos delitos reputó autores, penalmente responsables, conforme al art. 28 del mismo Texto Legal, a los procesados, BINTA SANKANO y SEKOU TOURAY, a la sazón padres de las víctimas, niñas, Saedi Touray y Hawa Toray, menores de edad, para quienes solicitó la imposición de la pena de SIETE AÑOS DE PRISIÓN por cada uno de los delitos que se imputan, así como la condena al pago de las costas procesales por mitad e iguales partes.

**TERCERO.** -Por su parte, y en igual trámite, la Defensa Letrada de la procesada, acusada, **Binta Sankano**, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, postulando su libre absolución, con toda clase de pronunciamientos favorables, o subsidiariamente, la concurrencia de la causa de exención de la responsabilidad criminal basado en error de prohibición invencible del art. 14. 3 del C. Penal.

**CUARTO.** -En idéntico trámite, la Defensa jurídica del procesado-acusado- **Sekou Turay**, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, y, en primer lugar, solicitó la libre absolución de su patrocinado, con todos los pronunciamientos favorables, al negar su participación en los hechos incriminados, y con carácter subsidiario, interesó que fuese apreciada, la exención de responsabilidad criminal sustentada en el error de prohibición invencible del art. 14. 3 del C. Penal, y, con el carácter de muy cualificada, la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal sustentada en la atenuante de reparación del daño, contemplada en el art. 21. 5 del Código Penal, en base a que el dicho procesado ha accedido a que por parte del Dr. Pere Barri, del Instituto Dexeus de Barcelona, se lleve a cabo, en el momento clínico adecuado, una intervención de reconstrucción del clítoris de ambas menores, con la consiguiente repercusión, rebaja penológica.

Oídos que fueron los acusados, en el turno del derecho a la última palabra, efectuaron las manifestaciones de descargo que tuvieron por conveniente, con lo cual el juicio quedó concluso para el dictado de sentencia, previa deliberación y votación.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.** - De la valoración racional y conjunta de la prueba practicada en el plenario con las garantías de contradicción, oralidad e inmediación, resulta probado y así se declara que:

I. -Los procesados, Binta Sankano y Sekou Touray, ambos mayores de edad, y nacionales de Gambia, sin antecedentes penales y residentes legales en España, son padres, entre otros, de las menores, Saedi Touray, nacida el día 13 de marzo de 1999 y de la niña Hawa Touray, nacida el día 8 de Agosto de 2004, conformando el núcleo familiar, hallándose domiciliados en el período que se dirá en la localidad de Vilanova i la Geltrú (Barcelona).

Binta lleva residiendo en España desde el año 1998, mientras que Sekou lleva residiendo en España desde hace 22 años. Las niñas afectadas se hallaban escolarizadas en España.

II. -En fecha no concretada, pero comprendida entre los días 5 de julio de 2010 y el día 20 de enero de 2011, dichos procesados, puestos de común acuerdo, bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida, pero contribuyendo eficazmente a tal fin, extirparon el clítoris a ambas menores, motivados por sus creencias culturales y religiosas, siendo concedores ambos procesados de la prohibición de tal práctica en su país de residencia, y sin que durante dicho período de tiempo las mencionadas menores hayan salido del territorio nacional.

III. -Como consecuencia de los hechos descritos, ambas menores resultaron con lesiones consistentes en ausencia del glande del clítoris, no imposibilitando la relación sexual pero sí

alterando el placer sexual.

IV. -Mediante Resolución de fecha 14 de diciembre de 2012, dictada por el Servei d'Atenció a la Infància i l'Adolescència de Barcelona, Expediente 45788/Ed-76848-2012, se declaró con carácter cautelar, la situación de desamparo de las menores, Saedi y Hawa Touray, con la asunción inmediata de las funciones tutelares de las mismas que implica la condigna suspensión del ejercicio de la potestad y derechos inherentes de los padres.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. - Consideraciones previas.**

El Ministerio Fiscal formula acusación contra los procesados, a la sazón, padres de la menores lesionadas, que sufrieron ablación de clítoris, sosteniendo que los acusados son autores, penalmente responsables, cada uno de ellos, de dos delitos de mutilación genital femenina, previstos y penados en el art. 149. 2º del Código Penal.

La ablación clitoridiana constituye una tradición cultural secular arraigada en algunos países, especialmente africanos.

Un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico que comporta el fenómeno propio del flujo migratorio evidencia uno de los problemas que desde la vertiente penal no pueden quedar sin respuesta: el conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad.

Así las cosas, se suscita una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre.

No obstante, el Estado no puede admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual.

Son numerosos los instrumentos legales que la comunidad internacional pone en defensa de los Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, destacando en su art. 5 la eliminación de prejuicios o prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o superioridad de los sexos., la Convención de los derechos del Niño, la Declaración de la ONU sobre la eliminación de todas la formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o convicciones que protege los derechos del niño contra los abusos cometidos en nombre de una creencia o tradición cultural determinada, la Resolución de la Asamblea general 56/128, sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer o la Niña.

Y en el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Parlamento Europeo sobre las mutilaciones genitales femeninas (2001/2035(INI), del 20 de septiembre de 2001, precedida de un informe sobre mutilaciones genitales femeninas en el entendimiento de que dicha mutilación constituye un

grave atentado contra los Derechos Humanos, siendo un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas, debiendo asumir la unión Europea un firme y decidido compromiso en defensa de las potenciales víctimas de este delito, amparándolas y tutelándolas, resaltando el aspecto de violencia intrafamiliar de la mutilación genital, por lo que se hace un llamamiento a los Estados miembros para que persigan, condenen y castiguen la realización de dichas prácticas aplicando una estrategia integral que tenga en cuenta la dimensión normativa, sanitaria, social y de integración de la población inmigrante, instándose la implementación de medidas cautelares y preventivas, (como “ad exemplum” la medida cautelar de prohibición de salida del territorio cuando existan fundados indicios de que con ocasión de un viaje al país de origen pudiera haber intención de practicar la operación de ablación, ordenándose se practique por el médico forense, ginecólogo o especialista el reconocimiento de la menor, con toda urgencia, para determinar el estado de sus órganos externos genitales, con apoyatura en el art. 4 de la Ley 8/1995, de 27 de julio de Atención y Protección de los Niños y Adolescentes, en consonancia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño, en base al interés superior y prevalente del niño, como principio rector e inspirador de las decisiones y actuaciones que les conciernen adoptadas por la autoridad judicial, art. 15 de la C. E., en cuanto al derecho fundamental de toda persona a la integridad física sin que en ningún caso pueda someterse a nadie a tratos degradantes, el art. 13 de la L. E. Criminal, en sintonía con el art. 158. 4 del Código Penal, en integración aplicativa, ex art. 4. 3 del Código Civil y la adopción de normas administrativas relativas a los centros de salud, educativos, asistentes sociales, médicos, enfatizándose la labor preventiva de la acción social dirigida a los menores, pero sin estigmatizar a las comunidades de inmigrantes.

Consciente de ello, el legislador, mediante la L. O. 11/2003, de 29 de septiembre, incorporó de forma explícita a nuestro ordenamiento jurídico penal, como nuevo delito autónomo y específico, la mutilación genital o ablación, con su tipificación en el art. 149. 2º del C. Penal, y conforme a su Exposición de Motivos, se explica que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento jurídico debe dar adecuada respuesta y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas constituye una práctica que debe combatirse, y ser erradicada, con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. España se ha convertido en un Estado de acogida para personas procedentes de otros países, con otras costumbres, tradiciones y creencias.

Sin embargo, el respeto a tales costumbres y tradiciones tiene un límite allí donde se produzcan comportamientos aberrantes e inaceptables para nuestro entorno cultural y a ese fin responde la tipificación de estas conductas como delictivas y además, como quiera que en la mayoría de ocasiones son los padres o los familiares directos de las víctimas quienes las obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes es por lo que se ha previsto la inhabilitación especial, con naturaleza de pena principal, para proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

La mutilación genital femenina consiste en la extirpación quirúrgica total o parcial de los genitales femeninos, práctica ampliamente extendida en el continente africano y en algunos países de Oriente Próximo y de la que se tiene constancia en países occidentales como consecuencia de los movimientos migratorios o con ocasión de los períodos de estancia vacacional de las niñas y mujeres en los países de origen.

La ablación sexual es la mutilación de parte de los genitales externos femeninos para evitar sentir placer sexual, con la finalidad de que pueda llegar virgen al matrimonio, puesto que si no es de ese

modo, la mujer puede ser rechazada. También se realiza para evitar la supuesta promiscuidad de la mujer y asegurar que solamente tenga hijos con el marido. Mutilación genital femenina (MGF), que es la expresión oficial utilizada para referirse a esta práctica por la OMS (Organización Mundial de la Salud).

Existen tres variantes de la mutilación genital femenina, la extirpación total o parcial del clítoris (denominada *clitoridectomía*), la extirpación del clítoris y parte o la totalidad de los labios menores, lo que se conoce como *escisión*, y la ablación de los labios mayores para crear superficies en carne viva que después se cosen con el fin de que tapen la vagina, dejando una pequeña abertura para permitir el paso de la orina y de la menstruación, lo que se denomina *infibulación*.

Ni que decir tiene que las consecuencias que se derivan de esta mutilación resultan evidentes y hasta espeluznantes, no sólo en el plano físico, destacando el dolor severo, el shock emocional, el coito doloroso, la retención de orina, las complicaciones en el parto, la ulceración de la región genital, hemorragias, e infecciones que pueden llegar a provocar incluso la esterilidad, con un elevado índice de mortalidad materno-fetal al emplearse, de ordinario, en su práctica, sin utilizar anestesia, con instrumentos rudimentarios, cristales, trozos de metal (latas), navajas, tijeras o cualquier instrumento cortante, sin asepsia, sin haber sido previamente desinfectado, sin medidas de higiene y con instrumental inadecuado, valiéndose de vegetales para cubrir la herida o recurriendo a ungüentos que se consideran con virtudes medicinales.

A las secuelas físicas cabe asociar las psicológicas, como trastornos de carácter psicológico, situaciones de ansiedad, depresión y sentimientos de humillación y miedo y en el ámbito de la sexualidad habitualmente ocasiona frigidez, reduciendo y limitando sustancialmente la posibilidad de sentir placer, llegando incluso a producir anorgasmia. Se ha llegado a afirmar que la ablación del clítoris es la extirpación de la felicidad. En algunas sociedades africanas, a veces, no se concibe el sexo como placer, sino como motor exclusivo de reproducción, en un mundo patriarcal.

Son múltiples y variadas las razones que se suelen invocar para la práctica milenaria y ancestral de la mutilación genital femenina, unas de carácter social, otras de sesgo tradicional, como signo identificativo del sexo (fomento de la feminidad) y de la incorporación de la niña en la vida social y la atribución de un determinado papel y función dentro del matrimonio, considerándose signo de docilidad, obediencia y sometimiento, al reducir el deseo sexual de la víctima, minimizando las posibilidades de infidelidad, restringiendo su autonomía y libertad sexual, es decir, incidiendo en el libre desarrollo y ejercicio de la sexualidad. También se acude a la función estrictamente reproductora asignada a la mujer y que suelen practicarse en el período previo a la pubertad, en niñas de seis y doce años, convirtiéndose la mutilación genital femenina en una especie de ceremonia de rito iniciático con un fuerte componente atávico.

La reforma penal, además de incorporar dicho delito, como autónomo, como una variante del delito de lesiones, con tipificación penal expresa, a su vez, modifica la L. O. P. J., (art. 23. 4, apartado g), atribuyendo competencia jurisdiccional (consagra el principio de universalidad o de justicia mundial, la extraterritorialidad penal) a los Tribunales españoles para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina siempre y cuando los responsables se encuentren en España.

Como se declara en la Exposición de Motivos de la ley 3/2005, de 8 de julio por la que se modifica la L. O. P. J., 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.

Así, la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres y en esta línea se inscribe la reforma de la L. O. P. J. al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando al comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

No cabe duda que resulta loable la tipificación de este tipo de conductas aberrantes que menoscaban seriamente la dignidad de la persona, so pretexto de un ritual iniciático, relegando, postergando, a la mujer a un puro instrumento del hombre cuando mantiene relaciones sexuales, su cosificación.

No resulta hacedero justificar tales prácticas alegando un conflicto de conciencia, ya que de lo contrario ello comportaría el declive del principio de obediencia a las normas y la permisión de conductas anárquicas.

Así, en la esfera de la culpabilidad, es socorrido, por recurrente, el argumentario sustentado en el error de prohibición, ya lo fuere como error invencible o error vencible, ex art. 14 . 3 del C. Penal.

Así, la nula eficacia de esa pretendida causa de justificación se deriva de la sedicente coartada alusiva a la ausencia de competencia territorial de los tribunales españoles, aduciendo que la operación se practicó allende de nuestras fronteras, lo que revela y denota el conocimiento previo por parte del infractor de la existencia del mandato normativo imperativo, así como su práctica en la clandestinidad que supone un juicio acerca del conocimiento previo de la antijuricidad que hace desaparecer el sedicente error de prohibición, máxime cuando el infractor no es un inmigrante recién llegado del país de origen, sino un ciudadano extranjero que responde a un perfil de adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida.

La pertenencia de las personas a las que se atribuyen tales prácticas a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa, sosegada y ponderada valoración de la culpabilidad, partiendo de la alusión contenida en la propia Exposición de Motivos de la norma en cuanto al carácter injustificable de tales prácticas y que con rotundidad se proclama la inviabilidad de cualquier intento de fundamentar la justificación de estos deleznable comportamientos, sin que ello cierre definitivamente el planteamiento en sede de culpabilidad de sus autores cuando se constate un claro y manifiesto aislamiento cultural y social, apuntando la posible aplicación de las reglas del error de prohibición del art. 14. 3 del C. Penal, lo cual no cabe postular si lo que hay no es tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuricidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma.

El delito puede ser cometido mediante dolo directo, o de primer grado, o, por dolo indirecto, eventual o de segundo grado, siendo en este último caso relevante la posición de garante de los familiares más directos de la menor o menores víctimas de la ablación acudiendo, inclusive, a la doctrina de la comisión por omisión.

**SEGUNDO. - De la calificación jurídica de los hechos.**

Proyectadas las precedentes consideraciones al supuesto actual, y, valorada en conciencia, ex art. 741 de la L. E. Criminal, la prueba practicada en el juicio oral, este Tribunal Enjuiciador no alberga ningún atisbo de duda acerca de la autoría de los acusados, ya lo fueren a título de autores materiales directos, ora como autores indirectos eficaces de las lesiones mutilantes causadas a sus hijas, menores de edad, al amparo de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del Código Penal, en relación con el tipo penal aplicable al caso, esto es, el art. 149. 2º del Código Penal, o, en su caso, la autoría quedaría ínsita en el tipo penal de omisión previsto en el art. 11 del C. Penal, al exponer a sus hijas al inevitable peligro de que les fuera practicada la aberrante y deleznable lesión genital.

En efecto, y como ha cuidado de precisar la doctrina y la jurisprudencia, STS de 31 de octubre de 2012, las acciones descritas cabe encuadrarlas penalmente en el supuesto legal del art. 149-2º del C. Penal, para cuya aplicación se vienen exigiendo los siguientes requisitos:

- 1º. - Producción de un resultado de lesión o peligro;
- 2º. - Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado;
- 3º. - Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito este fundamental en los delitos especiales;
- 4º. - Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado y
- 5º. - Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Datos, todos ellos, concurrentes en el caso.

### **TERCERO. -Sobre la valoración de la prueba.**

La tarea de juzgar, ni que decir tiene, resulta harto difícil y especialmente ardua y sumamente compleja, significadamente en este procedimiento penal, en cuanto a que se trata de abordar cuestiones como la que ya nos hemos adentrado, en que un mayor pluralismo cultural, religioso e ideológico concomitante al fenómeno propio del flujo migratorio evidencia uno de los problemas que desde la vertiente penal no pueden quedar sin respuesta: el conflicto que surge entre lo dispuesto por la ley imperante en la sociedad de acogida y las creencias y concepciones religiosas, tradicionales o culturales de unos determinados grupos sociales migratorios que, a su vez, son iconos de identidad y de diferencia, en el seno de la pluralidad e interculturalidad, suscitándose una tensión inevitable entre el poder, el Estado de acogida, y el individuo inmigrante, entre la autoridad y los valores del individuo, entre los valores sociales y colectivos y las vivencias personales del hombre.

Sin embargo, como hemos afirmado, el Estado no puede admitir, bajo el manto alegatorio de la libertad de conciencia o al amparo de la tradición y al socaire de la costumbre, todas las actuaciones que, según criterios individuales, sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y trascendencia, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual, ya que tales inveteradas y seculares costumbres o tradiciones no pueden prevalecer ni anteponerse al respeto a la dignidad de la persona y a los derechos fundamentales universalmente reconocidos y admitidos, máxime cuando las afectadas son niñas, menores de edad, y los procesados, sus padres, es decir, quienes están llamados por antonomasia a preservar su dignidad, su integridad y a garantizar su

libre desarrollo de la personalidad, con inclusión de su sexualidad.

La procesada, Binta, originaria de Gambia, nacida en un poblado, a través de intérprete traductor de su lengua vernácula, en el plenario, manifestó que vino a España en el año 1998, que es madre de las menores mencionadas, y que instalaron, junto con su esposo, el también procesado, Sekou, su domicilio familiar en la localidad de Vilanova i la Geltrú y que permanecieron en territorio español hasta el año 2007 en el que efectuaron un viaje a su país de procedencia, acompañados de dichas menores y que en el período comprendido entre el día 5 de julio de 2010 y el día 20 de enero de 2011 residían en el indicado domicilio, en España.

Acontece de la prueba documental y pericial ginecológica practicada en el plenario que el día 5 de julio de 2010, con ocasión de una revisión pediátrica realizada a las niñas no se detectó anomalía alguna, puesto que en la exploración se observó la presencia normal de los órganos genitales externos de ambas menores, es decir, íntegros.

Sin embargo, en fecha 20 de enero de 2011, con ocasión de otra exploración ginecológica se detectó la ablación del clítoris, su extirpación en ambas niñas.

La acusada fue rotunda al afirmar que durante dicho período no había viajado a Gambia, sino que permanecía con las niñas en España, residiendo en el domicilio indicado.

La procesada fue esquiva, reacia en sus respuestas, y dijo no saber nada de lo ocurrido a las menores. negó haber participado en acto alguno de mutilación genital causado a sus hijas.

Se refugió en decir que ella no sabía que tal práctica estaba prohibida y que constituía una conducta delictiva.

Refirió que nunca trató de ello con su esposo.

Al ser inquirida acerca de si a ella, cuando era pequeña, le había practicado la ablación del clítoris, respondió de forma confusa, difusa y un tanto ambigua, pues vino a manifestar que si le había hecho tal cosa, ella no lo sabía, lo cual resulta poco menos que sorprendente.

Dijo al procesada, al ser preguntada sobre su nivel cultural, formación y estudios, que no sabía leer ni escribir y que con ellos no convivía ningún otro familiar, siendo la dinámica familiar, la propia de la madre que realiza las tareas del hogar, siendo la que se ocupa de la atención y crianza, cuidado de los hijos, habiendo efectuado labores de limpieza, de forma ocasional o esporádica en una casa.

Por su parte, el procesado, Sekou Tutay, admitió que llevaba residiendo en España desde hacía unos 22 años, teniendo su situación de estancia, de residencia administrativa, plenamente regularizada, al igual que su esposa.

Ratificó que el día 5 de julio de 2010, residían en España y que cuando se detectó la extirpación del clítoris a sus hijas, menores de edad, residían en el mismo domicilio, en España.

Negó haber participado en acto alguno de ablación de clítoris a sus hijas, apostillando que él era contrario a dicha práctica.

Dijo que su mujer le comentó algo referido a que la pediatra había detectado la ablación genital.

Sostuvo que la ablación no tuvo lugar en España y lo atribuye al viaje efectuado a Gambia con las niñas, las cuales se quedaron una temporada allí, solas, desde el año 2007 hasta el año 2009, mientras ellos regresaron a España.

Dijo que él no se ocupaba personalmente de la higiene, del baño, del aseo, de las niñas, sino que de ello se encargaba su esposa, pues dijo que su mujer las bañaba y que él lo había visto.

Manifestó el procesado que acudió a la consulta del Dr. Pere Barri a fin de interesarse por la viabilidad de la eventual reconstrucción del clítoris de ambas menores, refiriendo que estaba totalmente dispuesto a que se practicara, llegado el momento clínico adecuado, dicha intervención, dando su consentimiento.

Concluyó que él nada sabía acerca de la doble mutilación genital imputada.

La prueba testifical ha sido enormemente ilustrativa y esclarecedora para conformar la íntima y certera convicción de culpabilidad de ambos acusados por parte de este Tribunal.

En efecto, la testigo, Sra. Elisenda Prats, a la sazón comadrona, depuso en el plenario, reiterando con declarado en la fase de instrucción, que visualizó en la exploración ginecológica efectuada a las menores que no había anomalía alguna en los órganos genitales externos de las niñas y precisó que los mismos se hallaban íntegros, y puso de relieve la falta de colaboración de la madre, remisa, renuente, a la práctica de la exploración, ofreciendo cierta resistencia.

Puntualizó la testigo que esa exploración fue recabada por los Servicios Sociales, a modo de prevención. Dijo que las niñas acudieron acompañadas de su madre, la procesada y que llegaron a ser citadas hasta en dos ocasiones, sin comparecer.

La testigo, Joana Ferrer, atestiguó que intervino, en su calidad de Auxiliar de Clínica, el día 5 de julio de 2010, en la exploración clínica de las niñas, las cuales acudieron acompañadas de su madre. Dijo que la niña a la que vio, hablaba poco, se mostraba ostensiblemente reticente a ser explorada, reacia a ello, y que costó efectuar la exploración.

Por su parte, la médico ginecóloga, Sra. Gloria Valdevira, en el plenario, manifestó que el día 5 de julio de 2010 practicó la exploración genital de las menores, las cuales fueron remitidas por los Servicios Sociales ante el riesgo de que pudieran acudir, viajar, a su país de origen y que les pudieran practicar una mutilación genital.

Dijo la Dra. que costó colocar en la camilla a las niñas y que tras vencer su inicial oposición y resistencia, se comprobó que sus órganos genitales externos eran normales, estaban íntegros.

Sin embargo, en fecha 20 de enero de 2011, se detectó la anomalía, la alteración de los dichos órganos genitales externos que aparecían mutilados, ratificándose en el informe emitido obrante en las actuaciones.

Asimismo, las Dras. Rabanal y Luisa Ortega Sánchez, como peritos médicos, se ratificaron en el informe rendido en fecha 27 de enero de 2011, relativo a la exploración ginecológica efectuada a las menores mencionadas, ante la sospecha de los Servicios Sociales de que pudiera haberseles practicado la ablación del clítoris, durante algún período vacacional o de estancia en su país de origen.

Las doctoras detectaron que las dichas niñas no tenían clítoris, y que no presentaban cicatriz por lo que las mutilaciones no eran de fechas recientes y que la zona mucosa dificultaba situar la fecha de las mutilaciones, dado que se trata de una zona que suele cicatrizar muy bien.

Fueron ambas doctoras tajantes al descartar que la ausencia de clítoris fuese debido a una malformación congénita, dado que ello es muy infrecuente y del todo improbable en dos hermanas.

Dijeron que apreciaron en las niñas, en la zona genital, una ligera línea hipertrófica, que no había el “botón” del clítoris, y recalcó que la agenesia era muy infrecuente, y que no era posible en dos niñas que eran hermanas. Ambas peritos dictaminaron que no era posible poder dictaminar acerca de la fecha exacta en la que se practicaron las ablaciones, concluyendo que una mutilación genital no puede pasar desapercibida a una profesional.

Por su parte, la Dra. Mercè Utges, en la misma línea, declaró en el plenario, tras ratificar los informes obrantes a folios 91-92 y 185 a 187 de la causa, que descartaba la eventualidad de una malformación congénita como causa de la ausencia de clítoris en las niñas exploradas,

Dijo que no había cicatriz y que la data aproximada de las extirpaciones no se podía saber con exactitud, pero que sí debía situarse en el intervalo temporal que abarca desde el día 5 de julio de 2010 al día 20 de enero de 2011.

En cualquier caso, coincidió con el parecer de su colega, en cuanto a descartar que las ablaciones fuesen recientes y que podían haberse producido durante dicho lapso temporal. Refirió la doctora los riesgos que entraña la práctica de dichas mutilaciones genitales, pues suelen efectuarse en la clandestinidad, en lugares inapropiados, con instrumental inadecuado, sin asepsia y con elevado riesgo de infecciones y sangrado, con riesgo de complicaciones y que ello depende, obviamente, de quién, dónde y con qué tipo de material y en qué lugar se realiza tal práctica de ablación del clítoris.

Resultan definitivos, por concluyentes, los informes médico forenses, emitidos en fecha 27 de enero de 2011, ratificados en el plenario, obrantes a los folios 91 y 92 y 185, 186 y 187 de la causa, en cuanto se dictamina que en las menores, Saedi (de 11 años) y Hawa (de 6 años), no se observa clítoris en los órganos sexuales externos, y se precisa que la agenesia es extremadamente infrecuente que esté presente en dos miembros de una misma familia. Asimismo, se señala que la ausencia de signos de inflamación y de cicatrices en los genitales de las menores de edad sugiere que dichas lesiones no serían de producción reciente, sin poder estimar exactamente el tiempo en que se realizaron.

Por su parte, el Dr. Pere Barri, experto cirujano, médico especialista de la Clínica-Instituto Dexeus de Barcelona, experto en la reconstrucción genital femenina, desde el año 2007, y que viene operando a través de la Fundación correspondiente, declaró que la reconstrucción era factible, pero que debía efectuarse en el momento clínico adecuado.

Dijo que los padres de las niñas mutiladas, los procesados, acudieron a su Consulta, acompañados de la Abogada y habló de los resultados positivos alcanzados.

En el Instituto Dexeus de Barcelona se ofrece la reconstrucción del Clítoris a todas aquellas mujeres inmigrantes que hayan sufrido una ablación parcial.

Se trata de una operación quirúrgica que devuelve la sensibilidad a este órgano de la mujer. Este tipo de cirugía se realiza por primera vez en España por el doctor del departamento de Obstetricia, Ginecología y Reproducción del Instituto Dexeus, Pere Barri Soldevilla.

El doctor Barri aprendió la técnica de reconstrucción del clítoris en el Hospital Bichat-Claude Bernard de París, trabajando a las órdenes del cirujano Pierre Folbes que fue el precursor de este método que ha hecho posible la regeneración genital femenina. Dicha técnica viene avalada por los excelentes resultados obtenidos en la intervención de más de mil mujeres que han sufrido una mutilación del clítoris.

Cualquier mujer que haya sufrido una ablación, que se encuentre en edad adulta, y que sea consciente de la pérdida de su vida sexual es susceptible de ser operada.

El técnico, Sr. Llorenç Pere Olivé, adscrito a la Direcció General de Inmigració de la Generalitat de Catalunya, aseveró que uno de los países en los que se tiene noticia de la práctica de la mutilación genital femenina es precisamente Gambia, de donde son originarios los acusados y que se trata de una práctica execrable e injustificable por motivos culturales o tradicionales, tratándose de una práctica consuetudinaria ancestral. Hizo alusión al Protocolo actuacional del año 2001 en orden a la prevención del riesgo de mutilación genital femenina debido al fenómeno del flujo migratorio y que por ello se llevan a cabo campañas institucionales de prevención en el ámbito policial, sanitario, educativo, y a través de los Servicios Sociales pertinentes.

Pues bien, sentado lo anterior este Tribunal debe concluir, a la vista del acervo probatorio acopiado en este juicio que dicha verdad interina de inculpabilidad que es la presunción de inocencia ha quedado destruida con la prueba de cargo ofrecida.

En efecto, las pruebas documentales médicas, informes facultativos de médicos especializados, pediatras, ginecólogas, comadrona, resultan concluyentes en cuanto a que en fecha 5 de julio de 2010, en el curso de la exploración pediátrica-ginecológica, no fue detectada anomalía alguna en la composición de los órganos genitales externos de las niñas que permanecían íntegros, normales, intactos.

Se descartó también que esas ablaciones hubiesen pasado desapercibidas, inadvertidas a las Doctoras y profesionales sanitarias, pues cualquier profano las detectaría, dada su visualización. Pero en fecha 20 de enero de 2011, ya se apreció la supresión, su extirpación, la ausencia del glande del clítoris en ambas niñas, situando la práctica de las ablaciones de clítoris, en ese lapso temporal, descartándose la posibilidad de una malformación congénita.

Ciertamente, la ausencia de inflamación y de secuelas cicatrizales complica la determinación de la fecha en que se practicaron las mutilaciones genitales, pero de lo que no cabe duda alguna es que acontecieron durante ese intervalo temporal y como quiera que los propios procesados, progenitores, han afirmado que en ese intervalo no viajaron a Gambia y que permanecieron en España, no puede suscitarse duda alguna en cuanto a la competencia de este Tribunal.

Así centrado el debate concluimos que verificamos, sin duda alguna, por la seriedad y contundencia de las informaciones incriminatorias valoradas, de que las niñas, en el reconocimiento llevado a cabo en la primera de las exploraciones a las que fueron expuestas, tenían sus órganos genitales normales, y el posterior reconocimiento acreditó que carecían de clítoris por haberseles extirpado tiempo anterior, sin mayor concreción, datos objetivados por los informes médicos practicados que fueron ratificados y sometidos a contradicción al haber comparecido las doctores concernidas al Plenario, como ya se ha dicho.

En tal sentido, se está ante una certeza que alcanza el axiomático canon de «certeza más allá de toda duda razonable».

Ciertamente constituye éste, como afirmó el experto de la Generalitat de Catalunya, uno de los primeros supuestos de mutilación genital femenina practicada en territorio español que ha llegado a juicio, pues no existe constancia de que ese tipo de intervenciones que se realizan en la clandestinidad se lleven a cabo en el país, pues lo habitual es que los padres aprovechen un viaje o las vacaciones para regresar a su país de origen para extirpar el clítoris a sus hijas.

La ignorancia o ausencia de conocimiento de que la ablación femenina sea delito esgrimida por los

padres acusados no puede obstar a la viabilidad de la acción penal ejercitada, pues es de colegir lógica y razonablemente, cual postula el Ministerio Fiscal que las hijas de los acusados, residentes en Vilanova i la Geltrú (Barcelona), que convivían con sus progenitores, sufrieron la ablación en territorio español porque no consta que abandonaran el país entre el 5 de julio de 2010, cuando la última revisión ginecológica comprobó que las niñas tenían el clítoris intacto, y el 20 de enero de 2011, fecha en que los médicos detectaron la ablación en ambas menores.

Lo cierto es que la mutilación genital de las menores fue descubierta merced a la implementación de los protocolos de prevención del riesgo de tales prácticas execrables que la Generalitat de Catalunya tiene aprobados desde el año 2001 para la prevenir y erradicar dicha práctica, lo que incluye, amén de una campaña de concienciación y sensibilización dirigida a los grupos de riesgo, las revisiones ginecológicas periódicas de las niñas cuyos padres pertenecen a las etnias africanas de riesgo. Asimismo, estudios contrastados y avalados indican que la dispersión territorial de los inmigrantes en España y, en Cataluña en particular, ha contribuido a que no se formen guetos ni grandes concentraciones ni aislamiento social que dificulte su integración y adaptación social en la sociedad de acogida. En este sentido, en Cataluña son conocidas las campañas institucionales realizadas con respecto a los denominados "Nouvinguts".

Es cierto que ambos acusados han explicado al Tribunal que pese a la existencia de esos protocolos, ningún responsable del ámbito educativo, social o médico implicado en los mismos les informó nunca de que la ablación constituye delito en España. El padre vino a decir que él no se ocupaba de esas cosas y en la misma línea, la madre acusada se ha desvinculado de la mutilación genital de sus hijas menores de edad, aduciendo que es una mujer analfabeta originaria de un pequeño poblado de Gambia y que aseguró, incluso, que ni siquiera sabía si ella tiene la ablación practicada.

Así, en el plenario vino a decir que "Si me la hicieron de niña, yo no me acuerdo", afirmando que sus únicos estudios eran unos versículos del Corán que memorizó de niña para poder rezar y que durante su estancia en España ha trabajado solo durante un año como limpiadora.

Ahora bien, la madre procesada lleva más de quince años residiendo en España y ha trabajado en tareas de limpieza, y, no cabe desconocer que los medios de comunicación, prensa, radio y TV se han ocupado y preocupado de noticiar esa práctica ilegal y delictiva que es la ablación de clítoris.

El padre lleva más de 22 años residiendo en España, ha efectuado varias ocupaciones laborales y la Sala tiene el convencimiento de una más que aceptable integración social, disponiendo de NIE, al igual que su mujer, es decir, en situación administrativa de estancia en España regularizada.

Las médicas y personal sanitario que practicaron la primera revisión genital a las menores han destacado la resistencia que ofrecían a la exploración tanto ellas como su madre, quien, ha señalado la ginecóloga, "parecía no entender por qué estábamos allí".

Los procesados aseveraron desconocer quién pudo haber extirpado el clítoris a sus dos hijas, pero han apuntado que entre los años 2007 y 2009 las menores estuvieron residiendo con unos familiares de Gambia, mientras sus padres seguían trabajando en España.

Argumento éste que choca frontalmente con los informes médicos y periciales que sitúan la intervención genital, la mutilación genital, en el segundo semestre del año 2010.

Es más, obra en las actuaciones, incorporada como prueba documental, y no impugnada ni contradicha, información suministrada por el Área de Cohesión e Identidad del Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú, emitido en fecha 3 de octubre de 2008, en méritos del cual se recoge que en

fecha 22 de abril de 2008 se efectuaron entrevistas con la procesada Binta, informándole del requerimiento preventivo de la Fiscalía, y ella manifestó a los responsables, técnicos del Departamento municipal, que ella no hacía tales prácticas de mutilación genital femenina y que había hablado de ello a su marido.

Se le explicó e ilustró ya en aquel entonces a la procesada que dichas prácticas estaban penalizadas, incluso con pena de prisión, aun cuando las mismas tuviesen lugar fuera de España y se la instruyó del sentido y alcance del Protocolo de actuaciones para prevenir la mutilación genital femenina, especialmente en el segmento de niñas de edades comprendidas entre los 6 y 12 años y se le dijo que debía informar de inmediato a las autoridades siempre que se dispusiera a salir de España y que antes de emprender el viaje a su país de origen, las niñas tenían que ser exploradas por el ginecólogo/pediatra y, una vez, de vuelta, del viaje, también.

La procesada afirmó asumir, como madre, el compromiso de no practicar en sus hijas dicha práctica de ablación del clítoris, si bien el informe señala que salió de la entrevista contrariada, enfadada.

En el informe se constata que, en la postrera entrevista la acusada, verbalizó que estaba a favor de dichas prácticas de mutilación genital.

Así las cosas, y, en palabras del Tribunal Supremo, siendo el factum historificado claro y contundente, sin oscuridad, en un supuesto que guarda gran similitud con el que aquí se enjuicia, en cuanto a que se desconocía la fecha o fechas exactas de las mutilaciones o si las mismas fueron hechas por los padres o por un tercero a su ruego, con su aquiescencia, anuencia y condescendencia, por cuanto lo verdaderamente relevante y acreditado por las pruebas practicadas es que las mutilaciones tuvieron lugar inconcusamente en ese intervalo temporal, siendo la fijación de la fecha exacta en que las mismas acontecieron algo periférico y accesorio, por irrelevante.

Y en relación a la predicada coautoría de los padres ha de recordarse, como lo hace el Alto Tribunal, la temprana edad de las niñas al tiempo de cometerse las ablaciones, en atención a sus respectivas fechas de nacimiento, cuando sufrieron las mutilaciones genitales y a que vivían con su padres y en tal situación la autoría es clara teniendo en cuenta el concepto amplio de autor que contempla el Código Penal en el art. 27 y concordantes.

#### **CUARTO. -*Acerca del error de prohibición y su inoperatividad e ineficacia.***

Por lo que hace a la aducida circunstancia exonerativa de la responsabilidad criminal pretendidamente fundada en el error de prohibición del art. 14. 3 del C. Penal, debemos desechar que concurra ni como error invencible, ni vencible, habida cuenta que la misma deviene, a la vista de la prueba practicada, inaplicable.

En efecto, vienen a sugerir las Defensas de los procesados implícitamente que la mutilación de los genitales de las mujeres es una práctica ancestral milenaria en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres, sino cumplir con una costumbre, con un rito iniciático, que facilita la integración de la niña en su comunidad.

Pues bien, cabe traer a colación que se produce el error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente, --STS 336/2009 de 2 de Abril--. El error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal.

No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Solo en casos de que el error de prohibición sea vencible, cabrá una responsabilidad penal adecuada como prevé el art. 14 del CP.

Sin duda uno de los factores más acusados de la sociedad actual, también de la española, es el alto grado de interculturalidad que presenta como consecuencia de las fuertes corrientes migratorias a países de más alto nivel de vida motivadas por el deseo de mejorar la vida de aquellos naturales de países empobrecidos. Es un viaje desde la desesperanza a la esperanza. Tales grupos proceden de otras culturas y tienen ritos y prácticas muy diferentes a los de los países de acogida. Tanto el recurrente como la propia sentencia, refierte el Tribunal Supremo, en la calendada sentencia, se refiere a esta situación en referencia a la ablación del clítoris al afirmar que es una práctica cultural de su país de origen. Ello no puede ser excusa para elaborar una teoría del «error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto», porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones.

La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina.

A tal efecto, debemos recordar la Exposición de Motivos de la L. O. 3/2005 de 8 de Julio que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina:

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

En el caso de autos, los acusados, llevan a la sazón residiendo en España, la procesada, desde el año 1998 y el procesado desde hace unos 22 años, entendiendo el idioma castellano este último, como pudo apreciar y percibir el Tribunal por mor de la intermediación, aun cuando para revestir de plenas garantías su interrogatorio, lo hiciese valiéndose de intérprete traductor, habiendo realizado diversos empleos, y cabe entender que ambos se hallaban plenamente integrados en la cultura española o cuando menos la tenían que conocer, pues la menores se hallaban escolarizadas y la madre acudía a las tutorías y había acudido a los Servicios Sociales en situaciones acuciantes, por paremiantes necesidades, donde fue informada de que la ablación de clítoris constituía un delito.

Además, la procesada en todo momento se mostró reacia a que las niñas fuesen exploradas, lo que denota que sabía que podía detectarse la anomalía genital producto de la doble mutilación a la que fueron sometidas las menores. Ella era las que las bañaba, las aseaba y nada dijo, ni puso en conocimiento de las autoridades, ocultando las mutilaciones.

Ambos progenitores ostentaban una específica y consustancial posición de garantes respecto a sus hijas, menores de edad, y la autoría en base a la omisión de sus funciones viabiliza la culpabilidad penal.

Así las cosas, la tesis del error de prohibición no puede ser admitida, sin que tampoco sea de apreciar en la madre procesada una situación cualitativamente diferente a la del padre acusado, que pudiese dar cobijo a una error de prohibición vencible, dado que pese a que dijo haber nacido en una aldea o poblado, no acababa de llegar a España, sino que venía residiendo, en concreto, en Cataluña desde el año 1998, por lo que es plausible razonar que sin llegar a estar plenamente

integrada, no cabe duda de que su integración social tenía que ser importante.

Como puso de relieve el Ministerio Fiscal, en su informe final, dispone el artículo 3. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificado por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que "Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas". Y en concreto, sobre la mutilación general femenina, la Exposición de Motivos de la L. O. 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que "El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2. f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres.

En suma, debe señalarse que el límite al respeto a las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos, universalmente conocidos, y que actúan como mínimo común denominador intercultural.

**QUINTO. - *Sobre la atenuante de reparación del daño basada en la reconstrucción quirúrgica del clítoris, como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.***

En cuanto a la pregonada atenuante de reparación del daño que la defensa del procesado plantea al Tribunal, invocando el art. 21-5º del Código Penal, aun cuando la tesis resulta sugerente, la misma no puede tener cabida como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, habida cuenta que se afirma que el procesado, y, por lo visto también la coacusada, habrían tomado la firme determinación y estarían dispuestos a que a ambas niñas, llegado el momento clínico adecuado, cual informó el perito especialista, Dr. Pere Barri, experto cirujano, formado en París, en esa especialidad, se sometieran a sendas intervenciones quirúrgicas de reconstrucción de clítoris, pues amén del resultado que pudiera lograrse con tales operaciones, lo cierto es que esa iniciativa no puede trascender ni incidir en la conducta de los acusados sometida a reproche penal, pues se trata de una circunstancia "ex post", "ad futurum", y, en puridad, no constituye propiamente una reparación del daño, ni comporta un esfuerzo reparador por parte del infractor, por cuanto ni disminuye los efectos del daño ocasionado antes de la celebración del acto del juicio oral, ni cabe aplicarla por analogía, pues lo que verdaderamente fundamenta la atenuante, ya lo fuere ordinaria, cualificada o muy cualificada, es la reparación objetiva del daño antes del juicio oral y no una promesa o compromiso, más o menos firme, de reparación posterior, pues el criterio apreciativo es sumamente restrictivo, ni cabe entender que la proposición efectuada guarde una suerte de similitud formal, morfológica o descriptiva a modo de identificar cualquier otra circunstancia de análoga significación, y, por lo demás, la conducta de los padres, como tales, ya viene impuesta por la ley, pues deben velar por la vida, la salud e integridad, física y psíquica de sus hijos y preservar su desarrollo personal, emocional, vital y también en el ámbito sexual, en orden a su plena indemnidad.

**SEXTO. - *Penalidad.***

Otra cosa es que esa conducta a modo de contrición o arrepentimiento pueda tener su repercusión en orden a la individualización y fijación de la pena, ex art. 66 y concordantes del C. penal.

Por todo ello, procede imponer a cada uno de los acusados, por cada uno de los dos delitos de mutilación genital femenina por los que han sido acusados y son condenados, al carecer de antecedentes penales, la pena de seis años de prisión por cada uno de los dos delitos de mutilación genital femenina por los que han sido acusados.

**SEPTIMO. - *Acerca de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.***

En cuanto a la pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogida, contemplada en el art. 149, ordinal segundo del C. Penal, siendo el caso que la misma no es de imperativa imposición, sino que tiene un carácter potestativo, es decir, de pena facultativa, cuando el legislador señala, "si el Juez lo estima adecuado al interés del menor", resulta que dicha pena no fue postulada expresamente por el Ministerio Fiscal, y, por ende, no fue objeto de efectivo debate dialéctico en el seno del proceso, ni en el juicio oral, por lo que, teniendo en cuenta el principio de contradicción, de defensa e intermediación, y, sin que tampoco las menores hayan sido exploradas ni oídas en este juicio, considera el Tribunal que no procede pronunciarse acerca de la dicha pena de inhabilitación que debe tener una aplicación sumamente restrictiva, y, ello sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal, por mientras no alcancen las menores la mayoría de edad, inste las medidas concernientes a su tutela que considere más idóneas en orden al interés de las menores que es el prevalente y el prioritario y el más digno de protección. En efecto, ese haz de obligaciones inherentes a la condición paterna-materna es ontológicamente consustancial a la primordial potestad parental, como función inexcusable, en orden a garantizar el bienestar de los hijos, menores de edad, su seguridad, estabilidad emocional, facilitar el desarrollo armónico de su personalidad, educar y procurar al menor una formación integral como persona, con pleno respeto a su dignidad que abarca la esfera de su sexualidad, conforme a lo dispuesto en el art. 236 y concordantes del Codi de Família de Catalunya, que rige como norma foral especial. A tal efecto significar que por Resolución de fecha 14 de diciembre de 2012, dictada por el Servei d'Atenció a la Infància i l'Adolescència de Barcelona, Expediente 45788/Ed-76848-2012, se declaró con carácter cautelar, la situación de desamparo de las menores, Saedi y Hawa Touray, con la asunción inmediata de las funciones tutelares de las mismas que implica la condigna suspensión del ejercicio de la potestad y derechos inherentes de los padres, por lo que no están expuestas a ninguna situación de riesgo.

**OCTAVO. - *Sobre la responsabilidad civil.***

Huelga pronunciamiento expreso en esta materia de responsabilidad civil "ex delicto", habida cuenta que, como es sabido, rige en este ámbito el principio dispositivo, de rogación y de congruencia, y, como quiera que el Ministerio Fiscal ninguna petición resarcitoria ha formulado en tal sentido, ello impide al Tribunal pronunciarse al respecto, pues no es dable hacerlo de oficio, sin excitación de parte. (arts. 109, 110, 166 y concordantes del C. Penal).

**NOVENO. - *Costas procesales.***

Las costas procesales vienen impuestas legalmente a todo responsable de delito, a tenor de lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y art. 239 y 240 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que los procesados abonarán las costas de este procedimiento por

mitad, a partes iguales.

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY

### **FALLAMOS**

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A LOS ACUSADOS, BINTA SANKANO y SEKOU TUTAY**, mayores de edad, sin antecedentes penales,, ya circunstanciados, como autores, cada uno de ellos de **DOS DELITOS DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA, EXTIRPACIÓN DE CLITORIS**, precedentemente definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SEIS AÑOS DE PRISIÓN** para cada uno de ellos, por cada uno de los dos delitos por el que han sido acusados y condenados, debiendo ambos acusados satisfacer las costas procesales generadas en este juicio por mitad e iguales partes.

Además y como viene interesado, notifíquese de inmediato, con adelanto vía Fax, esta resolución, adjuntando testimonio fedatario de la misma, con atento oficio acompañatorio, al Servei d'Atenció de la Infància i de l'Adolescència, Departament de Benestar Social i Família, de la Generalitat de Catalunya, a fin de que se tome constancia de ello en los correspondientes Expedientes de las menores afectadas por la mutilación genital, interesando acuse de recibo para debida constancia en las presentes actuaciones.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia de la se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Pública, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe.