

Roj: SAP TE 197/2011
Id Cendoj: 44216370012011100195
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Teruel
Sección: 1
Nº de Recurso: 12/2011
Nº de Resolución: 26/2011
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: MARIA TERESA RIVERA BLASCO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL

ROLLO PENAL Nº **12/2011**

SUMARIO Nº 3/2010

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE Alcañiz

S E N T E N C I A Nº 26

En la ciudad de Teruel, a quince de noviembre de dos mil once.

La Audiencia Provincial de Teruel, integrada para este asunto por los Ilmos. Señores Magistrados don Fermín Hernández Gironella, Presidente, doña María Teresa Rivera Blasco, Ponente de la presente resolución, y don Juan Carlos Hernández Alegre, ha visto en juicio oral y público los autos que integran la presente causa, tramitada por Sumario nº 3/2010, Rollo **12/2011**, incoado en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcañiz, contra **Abilio**, nacido en Gambia el día 16 de abril de 1983, con domicilio en Alcañiz, AVENIDA000, NUM001, con NIE NUM000, sin que consten antecedentes penales, en libertad por esta causa, de la que no estuvo privado en ningún momento, y contra **Eva María**, nacida en Gambia el 15 de junio de 1986, con domicilio en Alcañiz, AVENIDA000, NUM001, con NIE NUM002, sin que consten antecedentes penales, en libertad por esta causa, de la que no estuvo privada en ningún momento.

Han sido partes en el proceso el Ministerio Fiscal como acusador público, representado por la Ilma. Sra. Doña Carmen Modrego, y los acusados, representados por el Procurador don Manuel Ángel Salvador Catalán y defendidos por el letrado don Félix Gil Brenchat. La Ponente expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el juicio oral, que tuvo lugar el día ocho del presente mes de noviembre, se practicaron las pruebas propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que consta en el acta.

SEGUNDO .- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, consideró a los acusados autores de un delito de lesiones, mutilación genital, del *artículo 149.2 del Código Penal* y solicitó imponerles la pena de prisión durante seis años y la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Pago de las costas procesales.

TERCERO .- La defensa de los acusados solicitó la libre absolución de sus defendidos.

HECHOS PROBADOS

Probado y así se declara que en fecha 21 de mayo de 2009 nació en la República de Gambia Erica, hija de los procesados Abilio y Eva María. El día 4 de septiembre de 2009 Eva María y su hija Erica entraron legalmente en territorio español donde se hallaba ya residiendo el Sr. Abilio desde hacía diez años, fijando el domicilio familiar en el término municipal de Alcañiz (Teruel). Ninguno de los tres ha realizado viaje alguno a país extranjero desde esta fecha, permaneciendo desde entonces en territorio español.

En fecha no concretada pero comprendida entre los días 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010, los 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 de la menor motivados por sus

creencias religiosas y culturales, siendo conocedor el procesado Abilio de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada Eva María .

Como consecuencia de estos hechos Erica resultó con lesiones consistentes en amputación de clítoris con cicatriz lineal con secuelas en su capacidad sexual, no imposibilitando la relación sexual pero sí alterando el placer sexual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones, mutilación genital, previsto y penado en el *artículo 149.2 del Código Penal* .

Castiga dicho precepto al que "causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones", considerándose como tal la amputación del clítoris según informe del Médico Forense obrante en las actuaciones, que no imposibilita a la mujer la relación sexual pero sí altera su placer sexual. La ablación del clítoris persigue controlar la sexualidad de la mujer y, además de la peligrosidad que conlleva pues las condiciones en que se practica no suelen ser higiénicas, las afectadas padecen secuelas durante toda su vida: además del trauma, infecciones vaginales, lesiones renales, depresión, ansiedad, tumores, impidiendo todo tipo de gozo sexual y provocando dolor, en ocasiones extremo, en el momento de la penetración y el parto. Resulta evidente que para la sociedad española la ablación del clítoris supone una de las prácticas más detestables que puede realizar una sociedad contra sus niñas pues va en contra de la dignidad de las mujeres y de sus derechos como persona.

Ante el hecho evidente de que a la hija de los procesados, nacida el 21 de mayo de 2009, le fue extirpado el clítoris con anterioridad al día 25 de mayo de 2010 en que se le practicó una revisión médica en el Centro de Salud de Alcañiz y fue apreciada dicha circunstancia por la médico y la pediatra que atendieron a la menor, mutilación que no es negada por los padres de ésta, el letrado de Abilio y Eva María argumentó en defensa de los procesados que dicha ablación se practicó en Gambia antes de que Erica viajara a España con su madre en el mes de septiembre de 2009, declarando el Sr. Abilio en el juicio que fueron los abuelos de su hija quienes la llevaron a un curandero para realizarle el "corte" por ser costumbre en su país dicha práctica, sin que su esposa pudiera tomar decisión alguna al respecto.

Así pues, la primera cuestión que se plantea es si realmente la mutilación se realizó con anterioridad a la llegada de la procesada Eva María y su hija a nuestro país o tuvo lugar posteriormente cuando ya habían fijado su residencia junto con Abilio en la ciudad de Alcañiz.

No ofrece duda a este Tribunal que los procesados extirparon el clítoris de la menor, bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero con su beneplácito, en fecha no concretada pero comprendida entre los días 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010, es decir, cuando la niña ya se encontraba residiendo en España con sus padres. Y se llega a esta convicción porque las pruebas practicadas en el juicio son contundentes en este sentido: Erica fue llevada al Centro de Salud el día 7 de septiembre de 2009 por su madre Eva María donde la pediatra Dra. María Purificación le realizó una revisión somera porque la finalidad era la vacunación, razón por la que fue remitida a enfermería sin haberle llegado a hacer una exploración minuciosa. Posteriormente, en fecha 20 de noviembre de 2009, la procesada llevó a Erica al Centro de Salud para que le fuera realizada la revisión de los seis meses, siendo atendida por la mencionada pediatra, la cual, siguiendo el protocolo marcado dentro del programa "Niño sano", efectuó un examen detallado de la niña que incluía la exploración de sus genitales, y no observando la doctora nada anormal en los mismos lo hizo constar así en su informe: "Genitales externos: Normal".

Se ha querido por la defensa desvirtuar el informe de esta pediatra alegando que las fechas de atención a la menor referidas en la declaración que prestó en instrucción y las mencionadas en el acto del juicio no coinciden, así como que en esta última declaración no recordaba el caso concreto y por lo tanto si efectivamente había realizado la exploración de los genitales de Erica . Pues bien, es evidente que ha transcurrido mucho tiempo desde que el día 20 de noviembre de 2009 Doña. María Purificación examinó a la niña hasta el día del juicio, pero lo que sí dejó claro la testigo es que si hizo constar en el informe médico que los genitales externos eran normales es porque efectivamente los observó, práctica que dice realizar siempre porque forma parte del protocolo para comprobar que el desarrollo de los niños es correcto. Y lo que también es incuestionable es que es fácilmente comprobable si una menor carece de clítoris, incluso para un profano en medicina; en este sentido las testigos de la defensa de la misma nacionalidad que los acusados, Isabel y Tamara , declararon que pudieron observar la ausencia de clítoris en la niña solo por el hecho de ayudar a la madre a cambiarle los pañales y también constan en autos dos fotografías acompañadas por la Médico Forense a su informe en las que se aprecia que es fácil diferenciar la ausencia de clítoris en una menor de doce meses respecto a otra que no haya sido mutilada. El perito Dr. José aclaró que el clítoris de una bebé

es más grande que el de una niña un poco más mayor debido a las hormonas femeninas de la madre que han pasado a través de la placenta. Así pues, si a la niña se le hubiera extirpado el clítoris con anterioridad a dicha visita, la pediatra se habría percatado indudablemente de ello al examinar los genitales que seguro exploró por las razones indicadas.

Desde esta fecha, 20 de noviembre de 2009, hasta que el día 25 de mayo de 2010 la procesada llevó a su hija para que se le efectuara la revisión de los doce meses, no realizó Erica viaje alguno al extranjero y sin embargo en el Centro de Salud, tanto la médico que la atendió en primer lugar, Dra. Ana , como la pediatra Dra. Berta que examinó a la menor a requerimiento de aquélla, pudieron constatar que Erica carecía de clítoris porque le había sido extirpado, presentando una cicatriz que evidenciaba que se le había practicado la mutilación meses antes aunque no se ha podido precisar la fecha concreta en que había tenido lugar. En todo caso sí puede considerarse probado que el hecho denunciado aconteció en el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2009 y el día 25 de mayo de 2010, en concreto unos meses antes de esta última fecha, pues cuando fue reconocida por la Médico Forense el 21 de junio de 2010 se le apreció una cicatriz lineal de pocos meses de evolución aparente. Es dato también a tener en cuenta que la pequeña no fue llevada por su madre a la revisión de los nueve meses que está prevista para los niños dentro del programa "Niño sano".

Por la edad de la menor en este espacio de tiempo, de seis a doce meses, puede afirmarse que la mutilación se practicó por los padres de la bebé, bien directamente o bien a través de persona de identidad desconocida pero contribuyendo aquéllos eficazmente a tal fin.

La conducta de los acusados es reprimible penalmente pues es típica (el tipo está contenido en el Código Penal: "el que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones", *art. 149.2*), antijurídica y culpable (elementos que se estudiarán en el fundamento jurídico siguiente) y, finalmente, tiene como contrapartida, como toda infracción penal, una sanción penal, prisión de seis a doce años.

SEGUNDO. La defensa invocó por vía de informe las siguientes causas de exención de responsabilidad: alteración en la percepción, *art. 20.3º del Código Penal*, miedo insuperable, *art. 20.6º del Código Penal*, y estado de necesidad, *art. 20.5º del Código Penal*, basando únicamente la aplicación de tales circunstancias en el hecho de pertenecer los acusados a una cultura diferente a la española de la que es parte la mutilación genital femenina pero sin siquiera alegar la concurrencia en ellos de los requisitos necesarios para que cada una de dichas circunstancias pueda ser apreciada. Pues bien, es doctrina jurisprudencial que las causas de exención de responsabilidad deben ser acreditadas como el hecho mismo, lo que no ha acontecido en el supuesto enjuiciado. Solo el "peso de la tradición" referido por el letrado de los acusados es desde todo punto insuficiente para fundar la exención de responsabilidad. 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."

Expuso así mismo el letrado de la defensa por vía de informe la concurrencia en los procesados de un error de prohibición que excluiría o aminoraría su responsabilidad criminal, y ello en base a lo dispuesto en el *artículo 14 del Código Penal con arreglo al cual "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados"*.

Debe partirse en primer lugar de que toda norma, y concretamente la norma penal, contiene varias funciones. Por la primera, función de valoración, la norma valora de forma negativa un concreto hecho, pues el legislador penal la incluye en un catálogo de conductas negativas para la convivencia social. Desde la

perspectiva de lesividad al bien jurídico, constituye el mínimo exigible para la concurrencia. En segundo término, la función de sanción, por la que se comunica al juez que, en el caso de que concurra el supuesto tipificado los reprima con la consecuencia que ha señalado. En tercer término, la norma contiene una función de determinación por la que se ordena a los ciudadanos que realicen o se abstengan de realizar una conducta. Es una función motivadora al ciudadano para que sea fiel al derecho, ordenando su conducta de acuerdo a la norma general de convivencia.

La jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo ha señalado sobre el error de prohibición que éste se constituye, como 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. 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 y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho (STS 1141/97, de 14 de noviembre -RJ 1997, 7860-).

La aplicación del precepto penal indicado y de la doctrina surgida con relación al mismo lleva a este Tribunal a distinguir la actuación de cada uno de los procesados.

El procesado Abilio reconoció en la declaración realizada el día 22 de junio de 2010 ante el Juez instructor que "todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España, que cada país se rige por sus leyes y que nadie iba a poner su cabeza aquí en España para hacer eso", afirmación que ratificó en el acto del juicio y que hace inaplicable respecto a él el error de prohibición pues "queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad de lo que es un proceder contrario a Derecho" (STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre), bastando incluso con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto (STS 16 marzo 1994 , RJ 1994,2319). No es exigible que el autor conozca, de modo más o menos preciso, los preceptos legales, sino que basta con el conocimiento propio de un profano en la materia de que se trate.

Además, es razonable afirmar el conocimiento del procesado de la antijuridicidad de la norma que sanciona la mutilación genital femenina pues forma parte de la cultura de España, país en el que el Sr. Abilio reside desde hace doce años, diez en el momento de los hechos (periodo que él mismo concretó en el acto del juicio aunque únicamente consta documentalmente su situación laboral desde el año 2004)., teniendo un perfecto conocimiento del idioma y relación con personas ajenas a su nacionalidad.

Respecto a Abilio tampoco las razones culturales y religiosas que refirió pueden tener su encaje en el error de prohibición, declarando en este sentido el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª, sentencia núm. 336/2009, de 2 de abril) que el Estado, titular del *ius puniendi* , se muestra partidario a reconocer que determinadas circunstancias de ausencia de socialización tengan cierta relevancia en la responsabilidad penal, siempre que ello no suponga negar vigencia objetiva a las normas objetivas, pues esa vigencia no puede depender de creencias u opiniones subjetivas individuales. Lo determinante en el error de prohibición es el conocimiento de la antijuridicidad, no el reconocimiento de la antijuridicidad por un sujeto, esto es, que el sujeto conozca que su conducta es antijurídica, no que la acepta como antijurídica (sin perjuicio de que determinadas situaciones, como las que resultan de la objeción de conciencia o situaciones de colisión entre derechos, para los que el ordenamiento prevé alternativas, merezcan otras soluciones dogmáticas). El Sr. Abilio tenía conocimiento de la antijuridicidad de su conducta pero no la aceptó como tal por el peso que tuvieron en él sus creencias o la presión de su grupo social, lo que no tiene encaje en el error de prohibición invocado.

Sin embargo, entiende la Sala que existen razones bastantes para apreciar un error de prohibición vencible en la actuación de la procesada Eva María . Ha quedado probado en el juicio que las condiciones de la Sra. Eva María eran muy diferentes a las de su esposo Abilio . Llegó a España pocos meses antes del periodo en que se considera practicada la ablación de Erica y no consta que conociera la ilicitud de dicha práctica tan integrada en el entorno del que procedía y que ella había asumido no solo como normal sino incluso necesaria para la mujer. Los valores culturales de las sociedades que practican la mutilación genital femenina transmiten a sus mujeres que cualquier mujer que no haya pasado por esta "purificación" (la amputación del clítoris implica para ellos "limpieza" y "pureza"), no es útil para el matrimonio y no tiene ninguna posibilidad de inserción normal en su sociedad de origen o en los grupos más o menos numerosos de compatriotas que se forman en el país de residencia. Eva María que tenía en el momento de los hechos un desconocimiento completo del castellano (y sigue teniéndolo) y que la única forma de desenvolverse en este país -totalmente ajeno para ella- era mediante su introducción en el grupo cerrado de sus compatriotas gambianos residentes en su localidad, consideró necesaria la realización de la mutilación de su hija, o bien la consintió presionada por su entorno.

Todas estas circunstancias llevan a apreciar en la procesada un error de prohibición en su conducta, pues actuó en la creencia errónea de estar obrando lícitamente, error de prohibición que afecta a su culpabilidad produciendo una disminución de la pena cual si de la concurrencia de una eximente incompleta se tratase. Únicamente cabría preguntarse acerca de si dicho error era vencible o invencible, y a este respecto nuestra jurisprudencia tiene establecido que para valorar la entidad del error habrán de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar (SSTS 14 diciembre 1985 , 15 abril 1996 , entre otras). En el presente caso, atendiendo a la posibilidad que tuvo la procesada de consultar con su esposo la licitud de su actuación resulta claro que no puede considerarse como invencible el mencionado error, sino fácilmente vencible.

TERCERO . De tal delito de lesiones, mutilación genital, resultan responsables, en concepto de autores, los acusados Abilio y Eva María , al haber realizado directa y materialmente los hechos que lo constituyen tal como se deduce de lo expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente resolución.

CUARTO . En la realización de tal delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respecto a Abilio ; apreciándose en la procesada Eva María un error de prohibición vencible en su actuación con arreglo al *artículo 14.3 del Código Penal* por las razones expuestas en el segundo fundamento jurídico de la presente resolución.

QUINTO . En orden a la fijación de la pena:

Respecto al acusado Abilio , no concurriendo en él circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se le impone la pena mínima establecida en el *artículo 149.2 del Código Penal* para la infracción cometida, que es la pena interesada por el Ministerio Fiscal: prisión de seis años.

Conjugando los *artículos 149.2 y 14.3 del Código Penal* , ya estudiados, procede imponer a la acusada Eva María la pena de prisión de dos años al estimarse que el error vencible que presidió su conducta es de entidad suficiente como para aplicar la pena inferior en dos grados a la establecida para el delito (prisión de seis a doce años).

Igualmente debe imponerse a los acusados la pena accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena con arreglo al *artículo 56 del Código Penal* .

SEXTO . Las costas procesales vienen impuestas legalmente a todo responsable de delito, a tenor de lo dispuesto en los *artículos 123 del Código Penal y 244* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que los procesados abonarán las costas de este procedimiento a partes iguales.

VISTOS los preceptos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Debemos **condenar y condenamos:**

Al acusado Abilio como responsable en concepto de autor de un delito de lesiones, mutilación genital, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad penal, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A la acusada **Eva María** como responsable en concepto de autora de un delito de lesiones, mutilación genital, ya definido, concurriendo un error de prohibición vencible, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Ambos acusados deberán satisfacer las costas procesales causadas por mitad.

Así lo mandan y firman los Magistrados anotados al principio de la presente resolución.