

Hasta hace relativamente poco tiempo, la mutilación genital femenina (MGF, en adelante²) constituía una práctica ancestral de la que apenas se tenía conocimiento, de la que nadie se ocupaba, ni preocupaba. Durante años la MGF, como otros muchos actos de violencia perpetrados contra las mujeres dentro del ámbito de la familia o de la comunidad, han permanecido invisibles al ser considerados “asuntos privados” y, por lo tanto, ignorados como actuaciones de violencia y como actos que vulneran los derechos humanos. Alcanzar el consenso jurídico internacional que ha catalogado la MGF como una violación esencial de los derechos humanos, no ha sido una tarea fácil, sino fruto de una lucha denodada a lo largo de la historia. Hoy en día, la situación ha cambiado. La MGF es un problema de la Humanidad que no afecta sólo a los países en los que se practica. Ello se debe, por una parte, al aumento de los flujos migratorios que tienen lugar desde países -africanos y asiáticos- en los que se realiza esta práctica hacia los Estados occidentales y, por otra, a la lucha de las organizaciones y movimientos de mujeres, que han logrado que se prestara atención a la existencia generalizada de violencia contra las mujeres.

La comunicación que presento pretende responder a la demanda social y política que existe actualmente de erradicar y combatir esta práctica. A tales efectos, hemos dividido nuestra ponencia en tres partes. La primera, supone un acercamiento al concepto, origen, clases y efectos de esta práctica. Dicho acercamiento nos permitirá concluir que son distintos los aspectos que están presentes en la realización de esta práctica. En la segunda, analizaremos las distintas acciones internacionales llevadas a cabo por Organizaciones Internacionales, como Naciones Unidas o la Unión Europea, para erradicar esta práctica, ya sea a través de medidas coactivas, ya a través de medidas disuasorias, así como la influencia que estas acciones han tenido en las distintas legislaciones nacionales. La tercera, y última parte, la dedicaremos al análisis de las distintas medidas que existen en nuestro ordenamiento jurídico para proteger a aquellas mujeres y niñas que están en situación de riesgo o que han sido víctimas de la mutilación genital femenina.

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO, CAUSAS Y EFECTOS

La MGF constituye una tortura y tratamiento cruel, inhumano y degradante, tal y como ha sido afirmado por la jurisprudencia internacional³, la doctrina jurídica y distintos organismos internacionales. Son distintos los aspectos que están presentes en esta práctica extendida en un importante grupo de países, a saber: el peso de la tradición, la ignorancia y el temor de las mujeres o niñas que la padecen. Es una práctica muy antigua. Su origen, tanto en el tiempo como en la geografía, no se ha podido establecer. Era ya practicada entre los egipcios desde 5000 o 6000 años a.C. Se sabe, por otros investigadores, que dicho rito era practicado en las zonas tropicales de África y Filipinas, por ciertas etnias de la Alta Amazonía y, en Australia. En Europa y en Estados Unidos, la escisión del clítoris fue utilizada por algunos médicos, durante los siglos XVIII y XIX e incluso a comienzos del XX, como tratamiento para ciertas enfermedades de origen nervioso como la histeria, la epilepsia y la migraña. Todo esto demuestra que esta práctica se ha ejercido en diversos pueblos y sociedades de todos los continentes, en todas las épocas históricas.

La MGF femenina es el nombre genérico dado a aquellas prácticas que implican la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos u otras agresiones a los órganos genitales de las mujeres por razones culturales, religiosas o por tradición. En concreto, para la OMS existen varios tipos de MGF, a saber: la primera es la forma menos radical y consiste en la amputación del prepucio del clítoris, pudiendo extirparse en parte o en su totalidad el clítoris, denominada *circuncisión sunna* (Tipo I). La segunda, consiste en la escisión o mutilación total o parcial del prepucio del clítoris y de los labios menores, conservando solo los labios mayores, se denomina ditoridectomía (Tipo II). En la tercera, denominada infibulación o circuncisión faraónica, es la forma

¹ Investigación original. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de excelencia (SEJ-3517) “Análisis transversal de la integración de las mujeres y menores nacionales de terceros Estados en la sociedad andaluza”, subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

² El Comité Interafricano (CIA), en la Declaración de Bamako (2005), escogió el término mutilación genital femenina como el más apropiado para referirse a esta práctica. Podemos encontrar en otros textos los términos: ablación, escisión, circuncisión femenina o corte genital femenino para referirse a la misma práctica.

³ El Tribunal Europeo de Derechos humanos ha concluido que no se discute que someter a una mujer a MGF constituye un maltrato contrario al art. 3 de la Convención Europea sobre Derechos humanos de 1950 (*Emily Collins and Ashely Akaziebie v. Sweden* en <http://www.uncr.org/refworld/docid/45139c9b4.html>).

más agresiva, y consiste en la extirpación del clítoris y de labios mayores y menores. (Tipo III). Por último, se suele distinguir un Tipo IV 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 vagina⁴.

Esta práctica se lleva a cabo en veintiséis países africanos y en algunos de Asia⁵. Según cálculos de la OMS, entre 100 y 140 millones de mujeres y niñas han sido sometidas a alguna forma de MGF. El número de mujeres que han sido mutiladas varía mucho de un país a otro e, incluso, en áreas diferentes de un mismo país. Se practica generalmente a niñas de 4 a 14 años, a mujeres a punto de contraer matrimonio y, a veces, a mujeres durante su primer embarazo o después de dar a luz. La edad a la que se realiza la MGF varía ampliamente dependiendo de los grupos étnicos y de la localización geográfica. En algunas etnias se practica a bebés de pocas semanas, pero lo más frecuente es que se realice a niñas entre los cinco y los catorce años. En otras ocasiones, se practica antes del matrimonio, dado que puede ser exigida por el futuro marido o por la futura suegra para que la mujer sea aceptada como esposa, e incluso durante el embarazo o el parto. Debido a que la MGF está prohibida y penada por la ley en muchos países, se ha observado que cada vez se realiza a edades más tempranas con el fin de eludir su detección. Para realizar la MGF se utilizan diversos instrumentos, cuchillos, tijeras, cuchillas de afeitar o trozos de vidrio. También pueden usarse piedras afiladas, cortaúñas e incluso, la tapa de aluminio de una lata. De hecho, cuando la operación se efectúa a varias niñas a la vez, no es raro que se utilice el mismo instrumento para todas sin limpiarlo entre un procedimiento y otro. La intervención, generalmente, es realizada por una mujer designada especialmente para esta tarea. Suele ser muy respetada en la comunidad y, con frecuencia, de edad avanzada.

La MGF es una manifestación de la violencia y desigualdad de género, basada en una serie de convicciones y percepciones muy arraigadas en las estructuras sociales, económicas, políticas y, en ocasiones, religiosas. Las causas que se aducen para realizar la operación son muy variadas, pero, según la OMS, se pueden agrupar en motivos de índole socio-cultural, dado que en algunas comunidades la MGF se realiza como parte de un rito ceremonial de paso a la edad adulta, que refuerza el sentimiento de las mujeres de pertenencia al grupo. No se concibe que existan mujeres que no lo estén, puesto que si no es de ese modo, la mujer puede ser rechazada⁶. La presión social para su práctica es tan intensa, que las mujeres se sienten amenazadas con el rechazo y el aislamiento si no siguen la tradición, pues una mujer no mutilada no sería aceptada como esposa. También se esgrimen causas higiénicas y estéticas. En algunas etnias se considera que los genitales externos femeninos son sucios y feos y que, por lo tanto, su eliminación hace a la mujer limpia y bella. Otras de las razones que se aducen a su favor son el control de la sexualidad y de las funciones reproductivas de la mujer. Se practica para mitigar el deseo sexual, fomentar la castidad y garantizar que la mujer llegue virgen al matrimonio. Por otra parte, existe la creencia que las mujeres no mutiladas no pueden concebir o que la mutilación mejora y facilita el parto. En ocasiones, su práctica obedece a razones religiosas o espirituales. Ciertas comunidades creen que la MGF es requerida por la religión para que la mujer sea espiritualmente pura.

La MGF constituye una práctica que genera complicaciones físicas, psicológicas y sexuales, cuya gravedad depende de la tipología y de las condiciones en las que se realice la mutilación. Las consecuencias que la MGF provoca afectan a la salud, tanto física, como psíquica de la mujer⁷. Esta práctica puede dar lugar a graves complicaciones médicas: dolor severo, hemorragia y, por consiguiente, anemia, infección, ulceración de la región genital, llegando a causar en algunos casos la muerte. Hay mujeres que mueren desangradas o por infección en las semanas posteriores a la intervención, ya que se realiza casi siempre de manera rudimentaria y con herramientas no muy ortodoxas. Todo ello amén, del impacto psicológico que puede llevar a la víctima a situaciones de ansiedad, depresión, trastornos sexuales, etc. A medio y a largo plazo las consecuencias pueden ser diversas y pueden diferenciarse en el ámbito físico (transmisión de infecciones como el Sida, la hepatitis o el tétanos, por el uso de instrumentos no esterilizados, complicaciones obstétricas, esterilidad, infecciones urinarias, etc.), psicológico (depresión, temor, miedo a las primeras relaciones sexuales) y sexual (disminución de la sensibilidad sexual, dolor en las relaciones sexuales, anorgasmia).

2. MARCO LEGAL DE LA MGF

Sea por creencia, por cultura, por tradición o superstición lo cierto es que la MGF viola una serie de derechos humanos de niñas y mujeres, incluyendo el derecho a la no discriminación, a la protección frente a la violencia física y mental, a los más altos estándares de salud, y, en algunos casos, al derecho a la vida; derechos que

⁴ Consultado en <http://www.who.int>.

⁵ Ver el mapa de la MGF en <http://mgf.uab.es> (web del Grupo Interdisciplinar para la Prevención y el Estudio de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales (GIPE/PTP) de la Universidad Autónoma de Barcelona).

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

⁷ *Id.* Organización Mundial de la Salud, Mutilación genital femenina, Tendencias, disponible en <http://www.who.int/reproductive-health/fgm/trends.htm>.

están salvaguardados a nivel internacional por medio de Declaraciones o Convenios internacionales⁸. Las graves consecuencias que tal práctica conlleva ha despertado sobremanera la sensibilidad de la comunidad internacional, gracias a las campañas realizadas por distintos organismos internacionales⁹, y ha puesto en primera línea de trabajo las violaciones de derechos humanos basadas en la pertenencia de las víctimas al sexo femenino. Son numerosos los convenios internacionales, las declaraciones y las recomendaciones que condenan la realización de esta práctica¹⁰.

Las primeras iniciativas de las Naciones Unidas para colocar esta práctica en la agenda internacional se remontan a principios de los 50, cuando el tema fue tratado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En 1958, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas invitó a la Organización Mundial de la Salud a emprender un estudio sobre la persistencia de costumbres que someten a las niñas a operaciones rituales. Aunque estas iniciativas fueron importantes para llamar la atención internacional sobre el tema, su impacto siguió siendo muy limitado. Los 60 y los 70 estuvieron marcados por una sensibilización cada vez mayor sobre los derechos de las mujeres en muchos lugares del mundo y las organizaciones de mujeres empezaron a liderar campañas para suscitar una mayor concienciación sobre los efectos perjudiciales de la MGF para la salud de las niñas y las mujeres. Estos esfuerzos forman parte de una importante corriente en la historia del movimiento para apoyar el fin de la MGF. Los 80 y los 90 fueron décadas críticas para el reconocimiento de la MGF como una violación de los derechos humanos de las niñas y las mujeres. La aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, en vigor desde el 3 de septiembre de 1981, supuso un hito importante en el reconocimiento de la MGF como una violación de los derechos humanos de las niñas y de las mujeres¹¹; junto a la Declaración de Naciones Unidas, que fue aprobada en 1993, sobre eliminación de la Violencia contra la Mujer en la que se considera a la MGF como un acto de "violencia contra la mujer" (arts. 1 y 2). La dimensión de derechos humanos de la MGF ha sido posteriormente reforzada por una serie de importantes Conferencias internacionales como la Conferencia

⁸ Entre estas Declaraciones y Convenios podemos destacar la Declaración Universal de Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, su art. 2 establece que "*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*". De la misma manera se ha pronunciado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art.2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha que el anterior, garantizando a hombres y mujeres igual título para gozar de este tipo de derechos.

⁹ En concreto, el grado de implicación de las Naciones Unidas ha sido notable y se ha dejado sentir, de una forma más destacada, desde mediados del siglo XX. La justificación cultural de la MGF y la permisividad de algunos Estados con respecto a este tipo de prácticas han sido objeto de análisis y son varios los documentos de Naciones Unidas en los que se ha tratado esta temática. La Asamblea General de Naciones Unidas elaboró un Plan de Acción para la Eliminación de las Prácticas Tradicionales Perjudiciales para la Salud de la Mujer y el Niño. Dicho Plan se comienza a desarrollar con la Resolución de la Asamblea General 52/99 de 9 de febrero de 1998 sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer y de la Niña. En ella se pide a todos los Estados que sean consecuentes con los compromisos internacionales que han adoptado en relación con la salvaguarda de los derechos fundamentales de las mujeres, que preparen y apliquen leyes y normas nacionales que prohíban las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud de la mujer y de la niña, en especial, la mutilación genital femenina. Dentro de este Plan, la Resolución de la Asamblea General 54/133 de 7 de febrero de 2000 sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la Mujer y de la Niña, sigue instando a los Gobiernos de todos los Estados a que cumplan sus compromisos internacionales acerca de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres y a que ratifiquen, si aún no lo han hecho, el Convenio sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por su parte, la Resolución de la Asamblea General 56/128 de 30 de enero de 2002 sobre Prácticas Tradicionales o Consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer o de la niña, sigue insistiendo en los mismos extremos que la anterior, si bien, en su apartado h) hace un especial hincapié en la necesidad de que la mujer se independice económicamente y en el fortalecimiento de la protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

¹⁰ También cabe mencionar aquellos textos internacionales en los que 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 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). Por otra parte, también están aquellos que la tratan desde otra perspectiva, a saber: la eliminación de toda discriminación fundamentada en las creencias religiosas o ideológicas (*ad. ex* la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones -1981-).

¹¹ El Convenio parte de la constatación de la existencia de un grupo humano oprimido basado únicamente en una característica biológica, cual es el sexo, y el reconocimiento de la desigualdad real que existe entre hombres y mujeres en todo el mundo. Partiendo de este hecho, mantiene que, solamente, una vez corregidas todas las discriminaciones por razón de sexo en sus diferentes aspectos, podrá hablarse de una verdadera consecución de la igualdad formal y real. Esta orientación se pone de manifiesto en el Convenio, cuyo cometido no es definir y proclamar los derechos fundamentales de la mujer, sino eliminar todas las formas de discriminación existentes contra ella. Por este motivo, el Convenio se articula sobre dos conceptos básicos: la igualdad entre los sexos y la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como finalidad fundamental a alcanzar. El concepto de no discriminación que consagra el Convenio se establece sobre la base de "... *toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*" (art. 1). De esta definición se desprende: en primer lugar, que los derechos de la mujer son también derechos humanos y fundamentales como los del hombre, de modo que se reafirma a la mujer como sujeto de derechos equivalente al hombre y se establece que el bien jurídico que se pretende proteger son los derechos fundamentales del ser humano, en segundo lugar que los derechos reconocidos a la mujer lo son con independencia de su estado civil de hija, esposa, madre etc., sino que la mujer tiene estos derechos precisamente por su condición de persona y, por último, estos derechos operan en todas las esferas, tanto en la pública como en la privada.

Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993)¹², la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo (1994) y la Cuarta conferencia Mundial sobre la mujer en Pekín (1995)¹³, al igual que las reuniones de seguimiento de las mismas, celebradas en Nueva York (Adam Muñoz, 2003: 33-41).

En el continente africano cabe destacar el importante impulso dado a partir de la publicación de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 27 de julio de 1981 y, especialmente, del Protocolo sobre los Derechos de las Mujeres de 11 de julio de 2003, en el que prioritariamente se hace referencia a la necesidad de promover la dignidad, la igualdad y los derechos de la mujer. En este instrumento se constata la necesidad de promulgar leyes que prohíban la mutilación y su posible "medicalización"; es decir, su práctica en centros hospitalarios y con la intervención de personal médico y sanitario. Pero aunque en el continente africano ya son muchos los países que cuentan con legislación, existen otros que ni siquiera disponen de normativas al respecto. No obstante lo expuesto, el incumplimiento reiterado de las leyes o la inexistente persecución de quienes realizan la MGF en países que han ratificado la Carta, sigue a día de hoy planteando la necesidad de continuar trabajando en el reconocimiento de los derechos de la mujer y denunciar la continua vulneración de los mismos; de concienciar del problema a la sociedad por medio de la información, la educación formal e informal y otros programas. Así como, de proteger a las mujeres que se encuentran en riesgo de ser sometidas a prácticas nefastas. Es necesario procurar el soporte necesario a las víctimas: servicios de salud, asesoramiento y protección legal y judicial, ayuda emocional y psicológica. Por otra parte, Ministros, políticos y líderes religiosos de cerca de 50 Estados musulmanes se reunieron en noviembre de 2005 en la Primera Conferencia Islámica para la Infancia en Rabat. De ella surgió la Declaración de Rabat, en la cual se condenaron, como contrarias al Islam, tanto la mutilación genital femenina como otras prácticas nefastas que discriminan a las niñas. En la Declaración de Rabat se hizo una llamada a todos los Estados islámicos para que tomaran todas las medidas necesarias para eliminar todas las formas de discriminación de las niñas y las prácticas tradicionales nefastas como la mutilación genital femenina y el matrimonio precoz.

La presión internacional ejercida a través de planes y organismos internacionales ha tenido sus frutos. De hecho, la MGF ha sido objeto de prohibición por ley en algunos Estados. Así, podemos destacar, Burkina Faso, Costa de Marfil, Togo, Ghana, Senegal, Egipto, República Centroafricana, Yibuti, Tanzania, Guinea-Conakry, Níger, Kenia y Sudan¹⁴. Sin embargo, estas medidas resultan insuficientes, ya que, se ha constatado de forma fehaciente que las mujeres siguen siendo sometidas a esta práctica.

En la Unión Europea la MGF no constituye ni una costumbre, ni una tradición. Sin embargo, la masiva inmigración dentro de sus fronteras de personas procedentes de Estados en los que se realiza esta práctica está produciendo un fenómeno no deseado en los países Europeos. Y es que ciertos grupos de inmigrantes persisten en mantener sus tradiciones llevando a cabo estas mutilaciones ya sea dentro del territorio de la Unión, o bien en el territorio de otros Estados aprovechando el periodo vacacional. La defensa de los derechos de las mujeres implica la imposibilidad de aplicar normativas o tradiciones opuestas o no compatibles con la normativa de Derechos humanos. Ante tal situación, el Consejo de Europa ha llevado a cabo diversas iniciativas jurídicas contra la MGF, dejando claro que es una violación gravísima de los derechos fundamentales y una forma de violencia contra la mujer, no justificable ni por respeto a tradiciones culturales o religiosas¹⁵. Han sido varios los documentos elaborados por el Consejo, donde se recomienda a los Estados miembros que elaboren legislación específica haciendo especial hincapié en que prohíban en sus respectivas legislaciones la MGF por constituir una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de la mujer; flexibilicen su legislación con el objeto de que se garantice el derecho de asilo a las mujeres y a las niñas que puedan ser víctimas de estas prácticas tradicionales; persigan a los que lleven a cabo estas prácticas y a sus cómplices, incluidos los miembros de la familia de la víctima, si están implicados, y al personal médico o sanitario, si lo hubiera; propicien el desarrollo de campañas de información que muestren cómo dichas prácticas atentan contra la dignidad, la integridad y los derechos de la mujer; informen a los jóvenes de las consecuencias que conlleva la MGF en materia de salud y de sexualidad, a través de programas de educación; ratifiquen todos los instru-

¹² En la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se declaró que los derechos humanos de las mujeres constituyen una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales. Son los Estados los que tienen la obligación de promover la observancia, el respeto universal y la protección de todos los derechos y libertades fundamentales para todos. La Declaración que surge como consecuencia del Programa de Acción de Viena señala en el punto 18 de la Parte I que: "Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son los objetivos prioritarios de la comunidad internacional".

¹³ Fue celebrada en 1995, bajo los auspicios de Naciones Unidas, y se establecieron una serie de recomendaciones dirigidas a los Gobiernos de las Naciones a fin de hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos por parte de las mujeres. De hecho, el párrafo 232 (d) de la Plataforma de acción de Beijing, insta a los Estados a "... revocar cualesquiera leyes restantes que discriminen por razón de sexo" y a derogar "toda ley discriminatoria antes del 2005".

¹⁴ Sobre las leyes nacionales relativas a MGF *vid.* Mutilación Genital Femenina/Corte: Datos y Corrientes, Agencia de referencia de la población, en <http://www.prb.org/pdf08/fgm-Wallchart.pdf>.

¹⁵ Entre otras, *vid.* la Resolución 1247 de la Asamblea Parlamentaria de 22 de mayo de 2001 y la Recomendación nº 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de abril de 2002, relativa a la protección de la mujer contra la violencia.

mentos jurídicos de relevancia internacional que, directa o indirectamente, condenen estas prácticas, desde la defensa de los derechos de la mujer y de la infancia e igualmente se pronuncia en contra de la medicalización de la MGF. En definitiva, el Consejo de Europa apuesta, no solo por legislar, prohibir y perseguir, sino por desarrollar programas educativos, informativos y formativos dirigidos a las comunidades y grupos que la realizan.

Por su parte, la Unión Europea ha dictado distintas Resoluciones¹⁶ en las que se lamenta de la realización de esta práctica entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros y pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten medidas para erradicarlos y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica. Además, en julio de 1998 se celebró en *Göteborg* la primera Conferencia sobre MGF organizada por la Unión Europea con la finalidad de compartir experiencias y propósitos y cuyo objetivo principal fue poner en conocimiento de los países miembros de la Unión el problema de la mutilación genital femenina para poder darle tratamiento y solución. Mención especial merece también la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 por la que se establecen las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Dicha Directiva reconoce entre los actos de persecución, los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual y establece que podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de las personas al tratar las características que pueden configurar un grupo social dentro de la persecución por pertenencia a un determinado grupo social (art. 9). El Parlamento Europeo por medio de una Resolución de 2 de Febrero de 2006¹⁷ consideró que, aunque no se menciona expresamente a la mutilación genital femenina en dicha Directiva, dicha práctica quedaría incluida dentro de los actos de violencia sexual.

Pero, no sólo la Unión Europea, en conjunto, como organización internacional, ha tomado medidas y ha realizado acciones para prohibir su práctica dentro de su territorio. La normativa internacional ha tenido una clara incidencia en las legislaciones nacionales. Así, hay países de la Unión Europea que poseen una legislación específica en la que se penaliza la mutilación genital femenina como así, sucede en Suecia¹⁸, Reino Unido¹⁹, Bélgica²⁰, Dinamarca²¹, Italia²² y España. En España, el art. 149 del Código penal procede a tipificar este tipo de conductas que menoscaban la dignidad e integridad, castigadas con penas de prisión de seis a doce años e 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. No obstante, su tipificación era insuficiente a efectos de una verdadera represión, ya que la inobservancia de la ley penal española tenía lugar mediante los viajes vacacionales que se hacían al país de origen, lugar en el cual la mujer o la niña era sometida a la mutilación de sus genitales sin que nada pudieran hacer las autoridades españolas al respecto (Adam Muñoz: 2003:73-76). A tales efectos, se modificó la L.O. 3/2005, de 8 de julio que permite perseguir extraterritorial-

¹⁶ Entre ellas cabe destacar, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la Mujer (DOCE, Serie C, nº 176, pp. 73 y ss) en su artículo 47 "Lamenta la práctica de la ablación y la infibulación entre ciertos grupos de inmigrantes residentes en los Estados miembros; pide urgentemente a las autoridades nacionales de estos países que adopten y apliquen enérgicamente la legislación que prohíba estas prácticas y, muy especialmente, que eduquen a las mujeres de estos grupos respecto a las consecuencias nefastas de esta cruel práctica". Cabe también mencionar la Resolución de 10 de julio de 1997 sobre la Mutilación Genital femenina en Egipto (DOCE, Serie B 4-0655/97 de 10 de julio de 1997), donde se pronunció sobre lo acontecido en ese país en relación con esta práctica, ya que el Tribunal Administrativo de El Cairo anuló la orden del Ministerio de Sanidad egipcio de julio de 1996 en la que se prohibía la práctica de la ablación en los hospitales públicos y el Consejo de Estado de este país admitió como lícita la misma. De la misma manera, cabe citar la Resolución del Parlamento Europeo sobre las Mujeres y el Fundamentalismo de 25 de octubre de 2001 (Documento A5-0365/2001.Ponente: M. Izquierdo Rojo); Resolución del Parlamento Europeo de 20 de septiembre de 2001 sobre las mutilaciones genitales femeninas (DOCE Serie A5-0285/2001 de 2º de septiembre de 2001); de 2 de febrero de 2006 sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220 (INI)); de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071 (INI)) donde se insta a la Comisión Europea, al Consejo de Europa así como a los Estados miembros a que tomen medidas para la protección de las víctimas de esta práctica y se les reconozca el derecho de asilo a las mujeres y niñas que están en riesgo de ser sometidas a la misma.

¹⁷ Resolución sobre la actual situación de la violencia contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220 (INI)), de 2 de Febrero de 2006.

¹⁸ En Suecia, la Ley penal castiga la mutilación desde el año 1982, aunque fue ampliada en 1998 aumentando las penas previstas. La pena aplicable es como máximo de cuatro años de prisión. Si concurren circunstancias agravantes específicas, como serio peligro para la vida o posibilidad de contraer enfermedad grave, la pena será de dos años como mínimo hasta diez años como máximo. Desde 1999 la Ley sueca permite perseguir, procesar y castigar penalmente en Suecia a cualquier residente que haya cometido este delito; sin embargo nadie ha sido condenado por el mismo, ya que problemas de prueba, fundamentalmente, lo han impedido. Asimismo, desde el ámbito de la ley de la protección del menor, Ley sobre el bienestar del menor, cualquier forma de mutilación genital se considera una forma de abuso y puede ser causa que justifique la intervención de la autoridad pública, retirando la tutela a los mayores.

¹⁹ El Reino Unido también ha condenado explícitamente la MGF. La Ley sobre mutilación genital femenina, de 30 de octubre de 2003, prevé penas de hasta catorce años de prisión y/o multa. Las leyes del menor también protegen a las niñas en este sentido (*The Children Act* de 1989).

²⁰ En Bélgica, el texto del art. 409 prevé penas de privación de libertad para tales supuestos.

²¹ La Ley nº 386, de 28 de mayo de 2003, que modifica el Código Penal danés, introduce una nueva sección en la que se establecen penas de seis años de prisión para tales prácticas.

²² La Ley nº 7, de 9 de enero de 2006, ha modificado el Código Penal italiano, añadiendo dos nuevos preceptos -arts. 583 bis y 583 ter- relativos a la prevención y prohibición de tales prácticas.

mente la práctica de la MGF²³. Frente a estos países, otros han seguido la política de incluir el delito de mutilación general en determinados tipos penales ya previstos en su legislación (Francia, Alemania y Países Bajos). A pesar de la variedad en las fórmulas jurídicas adoptadas los aspectos fundamentales que abordan estas legislaciones son: la persecución a quienes la realizan, haciendo hincapié en la medicalización -con pérdida de la licencia para ejercer la profesión-, la pérdida de la patria potestad, privación de libertad y la extraterritorialidad, es decir, si el delito se comete fuera del país de acogida, igualmente será castigado.

3. MEDIDAS PARA ERRADICAR Y COMBATIR LA MGF EN ESPAÑA

3.1 Introducción

La sociedad española ha experimentado en los últimos años una transformación en su composición como consecuencia del fenómeno migratorio, que se manifiesta en la existencia de diversas culturas dentro de nuestro territorio. La inmigración ha introducido evidentemente una diversidad cultural. Los individuos cuando traspasan nuestras fronteras no dejan atrás sus costumbres, su lengua y tradiciones. Estos colectivos de inmigrantes se instalan en nuestro país con un fuerte componente cultural y con la pretensión de que el país de acogida permita la realización de las prácticas pertenecientes a su tradición, lo que introduce un abanico de opciones acerca del tratamiento de esta diversidad²⁴, del respeto a las identidades culturales de los países de origen y del establecimiento de ciertos límites a dichas manifestaciones culturales. Y ello porque no hay que olvidar que en los Estados occidentales la aplicación universal y la imperatividad máxima del respeto a los derechos humanos, tal y como son concebidos desde nuestra cultura, no admite gradación ni limitación. Consecuentemente, el conflicto intercultural y jurídico resulta inevitable, pues existe un límite infranqueable al reconocimiento de la diversidad cultural, que no es otro que el respeto a los derechos fundamentales tal y como se conciben en las Constituciones de las democracias occidentales y en los Convenios de derechos humanos a los que se incorporan (Sánchez Lorenzo, 2009: 99). Es en la Constitución española donde se consagra el marco de límites y libertades como encuadre de los máximos y mínimos que vinculan al legislador, al intérprete y al juzgador. En este ámbito adquieren especial relevancia los derechos fundamentales de validez universal consagrados en diversos instrumentos internacionales²⁵. Y es que el respeto de los derechos fundamentales no puede perjudicar los derechos de la persona cuyos derechos individuales tratan de garantizarse. Cuando entra en juego los derechos fundamentales (Derecho a la vida, igualdad, integridad física) resulta legítimo que la "identidad cultural" se vea limitada por la exigencia del respeto universal de los derechos humanos. El principio de igualdad de sexos no permite tolerancia alguna con cualquier forma de discriminación de la mujer, como sería el caso de la MGF.

En España, hay constancia de que se han practicado mutilaciones en nuestro país. También se han detectado muchos casos de inmigrantes mutiladas, especialmente en Cataluña y Andalucía, cuyas hijas se encuentran en riesgo de serlo también, dado que, como hemos visto, la mutilación suele producirse en un entorno en el que el individuo se sujeta a los designios, las necesidades y las decisiones de la comunidad. La familia que se queda en el país de origen suele ejercer una fuerte presión social sobre los emigrados, que llega al punto

²³ BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

²⁴ *Grosso modo*, la integración de personas procedentes de otros espacios culturales en nuestra sociedad puede abordarse desde diferentes fórmulas o modelos: el de la asimilación (o modelo universalista o nacionalista de la aculturación), el pluricultural (o modelo liberal o social de la pluriculturalidad) o el modelo de la integración intercultural. Depende de la finalidad que se persiga con la integración. Si la finalidad esencial que se persigue es que las personas que pertenecen a grupos culturales minoritarios modifiquen sus conductas y se adapten a los valores, costumbres y formas organizativas de la sociedad receptora, el modelo por el que ha de optarse es el asimilacionista (*ad. ex.* Francia). Con este modelo se fomenta la autonomía y separación de los grupos étnicos evitando el mestizaje o contaminación cultural, lo que conlleva a la guetización/marginalización, fuente de conflictos y de discriminación. Si la gestión de la diversidad y un cierto relativismo cultural es la idea que está presente, se debería optar por el modelo pluricultural (*ad. ex.* Reino Unido) o intercultural. Al contrario, si se apuesta por el crisol de culturas, un modelo de sociedad que permita la convivencia en el marco de la diversidad, ha de optarse por el modelo de integración intercultural. El modelo español apunta a objetivos interculturales -en términos relativos-, por lo menos en el papel o desde las teorías. Así, se desprende del art. 2. ter L.O. 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social cuando afirma que: "Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley". Se trata de facilitar el acceso del inmigrante a una sociedad que tiene ya unas reglas, unos valores, unas formas de convivencia, tradiciones y manifestaciones culturales que el inmigrante debe respetar, sin que ello suponga una ruptura absoluta con las identidades y las tradiciones de origen. De hecho, el ordenamiento español reconoce y protege la diversidad cultural, como expresión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1º CE). De esta manera se contribuye a una sociedad más pluralista y heterogénea, sin discriminaciones.

²⁵ Pero también es cierto, la necesidad de matizar la universalidad de la protección internacional de los derechos humanos en aras del relativismo ético y cultural. En ocasiones, surge la necesidad de alcanzar un equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del individuo con los valores esenciales del Estado de acogida que han de respetar todos los que en él se integren. Sucede, sobre todo, con los inmigrantes procedentes de países islámicos. Ello se debe a que el Derecho islámico es un sistema normativo totalmente diferente al nuestro, pues procede de fuente divina. Además, cuenta con instituciones y figuras totalmente desconocidas (*ad. ex.* repudio), que llegan a ser incompatibles con nuestros principios fundamentales. Afortunadamente, nuestro país se ha mostrado más sensible que muchos otros a esta necesidad, al permitir celebrar en España un matrimonio en forma islámica, hebrea o evangélica, lo que no dejó de ser una realidad sorprendente en otros países de nuestro entorno (*ad. ex.* Francia), o al reconocer determinados efectos a instituciones especialmente sensibles desde una perspectiva multicultural como el matrimonio poligámico o el repudio.

más álgido en el momento en que estos vuelven a casa, ya sea de manera definitiva o en periodo vacacional, que suele aprovecharse para practicar la MGF.

Si se quiere erradicar esta práctica, es necesario adoptar medidas encaminadas a proteger a las mujeres y a las niñas que se encuentran en situación de riesgo y a las que ya han sido víctimas de la misma, castigando a las personas que la perpetran o facilitan. Para combatir esta tradición es imprescindible el trabajo con estas comunidades a partir de la formación, de la información y de la sensibilización. Se hace imprescindible desarrollar estrategias de actuación para su prevención desde los ámbitos sanitarios, sociales y educativos. Siempre será mejor que una familia abandone la práctica por convencimiento propio que por imposición legal, lo que exige un trabajo interdisciplinar con participación de distintos profesionales y agentes sociales, para lo cual resulta fundamental el diseño de programas de formación continuada de estos profesionales y agentes sociales²⁶. De hecho, la OMS considera que la erradicación de la MGF depende en buena medida de la implicación de las mujeres de las sociedades donde se realiza, las cuales precisan a su vez de mucha colaboración en su lucha. Lograr la erradicación de la MGF es, por lo tanto, también responsabilidad nuestra. Por ello, apoyándonos en los casos que van apareciendo en nuestra sociedad, debemos promover campañas de información y educación en las poblaciones susceptibles de realizar esta práctica, así como informar y formar a los profesionales sanitarios, trabajadores sociales y pedagogos de su importante papel en la detección y prevención de posibles mutilaciones y en el tratamiento de sus consecuencias.

3.2 Medidas preventivas y MGF

Es cierto que la intervención judicial es, en cualquier caso, el último recurso que debe utilizarse ante la conducta que se quiere evitar. No obstante, también lo es que deben existir medidas jurídicas al alcance de las víctimas para protegerlas en los casos en los que se ha producido la agresión o en aquéllos en los que exista riesgo de producirse. El Estado debe arbitrar los mecanismos necesarios para que esta práctica no tenga lugar y castigar a las que la realizan. En el Derecho español, encontramos distintas medidas que pueden adoptarse para prevenir y castigar la consumación de tales prácticas.

3.2.1 DERECHO DE ASILO Y MGF

Este derecho ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14²⁷) y consagrado en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y los Apátridas de 28 de julio de 1951 y el Protocolo al mismo realizado en Nueva York el 31 de enero de 1967,²⁸ así como en nuestro texto constitucional (art. 13.4^o)²⁹. El mandato constitucional se plasmó en la Ley 5/1984 de 26 de marzo Reguladora del Derecho de asilo y la Condición de refugiado³⁰ y su reglamento de desarrollo³¹, modificada posteriormente por la Ley 9/1994 de 19 de mayo³² y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria³³.

Si una mujer o niña extranjera tiene miedo a ser sometida a esta práctica puede optar por solicitar asilo en nuestro país. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de asilada con las consecuencias que ello implica en cuanto a su estatuto jurídico (garantías y derechos de los refugiados). En concreto, gozan de la protección contra la devolución, la autorización de residencia y trabajo permanente en España, la expedición de documentos de viaje e identidad necesarios, el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a los servicios públicos de empleo, etc.. Además, podrán solicitar la nacionalidad española de conformidad con lo establecido en el art. 22.1^o Código Civil, que prevé el recorte de los plazos a la mitad para los asilados.

La petición de asilo se podrá realizar, bien en la frontera, o bien, una vez que la solicitante se encuentra en el territorio español.³⁴ La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reconoce de forma específica la condición de refugiada a: *"toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionali-*

²⁶ Es loable el intento de algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón, Andalucía) por formar e informar a los profesionales en la materia a través de la publicación de Guías.

²⁷ Según el cual: "1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

²⁸ BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

²⁹ Dicho precepto señala que: "La Ley establecerá los términos en los que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

³⁰ BOE de 27 de marzo de 1984.

³¹ Reglamento promulgado por el Real Decreto 511/85 de 20 de febrero (BOE de 19 de abril de 1985).

³² BOE de 23 de mayo de 1994, cuyo Reglamento fue aprobado por el Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero (BOE de 2 de marzo de 1995).

³³ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

³⁴ Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando la solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley (art. 38).

dad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país" (art. 3). Tiene que demostrarse que la situación que sufre la solicitante de asilo tiene carácter persecutorio. Además, los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución deberán ser suficientemente graves por su naturaleza (art. 6). Los motivos que provocan la persecución temida por la solicitante no son abiertos. En este sentido, resulta interesante la referencia que la Ley de asilo contiene sobre lo que debe considerarse como "grupo social". El concepto de grupo constituye un grupo social determinado, si, en particular, tiene fundados temores de sufrir persecución por motivos de género en función de las circunstancias imperantes en su país de origen -art. 7 e)-. Sin duda alguna, una de las formas más graves de persecución por motivos de género y que debe recibir la protección internacional del Derecho de asilo es la MGF³⁵. ACNUR considera la MGF como una forma de violencia por motivos de género que inflige un daño severo, tanto mental, como físico, y constituye persecución. Todas las formas de MGF violan una serie de derechos humanos de niñas y mujeres, incluyendo el derecho a la no discriminación, a la protección frente a la violencia física y mental, a los más altos estándares de salud, y, en los casos más extremos, al derecho a la vida. Expulsar o hacer retornar a una niña o mujer a un país donde sería objeto de MGF podría, por tanto, suponer una violación por parte del Estado en cuestión concernido de sus obligaciones de conformidad con el Derecho internacional de los Derechos Humanos³⁶.

De esta forma, la MGF se analiza en el marco del concepto de refugiado en relación con la causa "pertenencia a determinado grupo social". Eso ha permitido que la persecución por motivos de género no obtenga protección subsidiaria (temporal), que era lo habitual en la jurisprudencia española hasta hace poco tiempo. El problema reside en que la nueva Ley de Asilo expresa que estos motivos no son suficientes por sí solos, sino que dependerá de las "circunstancias imperantes en el país de origen". En el caso de la MGF esta limitación podría ser perjudicial para aquellas mujeres que no fueran reconocidas como refugiadas como consecuencia de que en su país de origen dicha práctica esta penalizada, lo cual sería nefasto, dado que si no concediese el asilo, la protección subsidiaria sería difícil de obtener, pues con la nueva regulación ésta sólo se concedería si la solicitante de asilo está envuelta en alguna de las circunstancias del art. 10 (tortura, conflicto interno o pena de muerte). A nuestro juicio, ello no debería de ser así. Debería imponerse el criterio adoptado en la Sent. del TS de 10 de octubre de 2006 en la que se reconocía el Derecho de asilo a una mujer nigeriana, y ello aún cuando en dicho país esta práctica está prohibida, dado que en la misma se admitía que "existen numerosas informes que hacen dudar de que en Nigeria finalmente se otorgue protección efectiva a las personas que intentan evitar la mutilación genital"³⁷.

No obstante, aun cuando se le denegase el Derecho de asilo siempre existiría la posibilidad de que estas niñas o mujeres entrara legalmente en España solicitando la autorización de residencia por razones excepcionales y, en concreto, por razones humanitarias o de interés público, según establece el art. 37 b) de la L.O. 4/2000³⁸ -siempre que se cumplan las exigencias que el futuro Reglamento de ejecución de la misma establezca-.

Mención especial merece cuando la solicitante de asilo por temor a ser mutilada en su país de origen es una menor, puesto que el derecho a solicitar asilo se les reconoce a los menores en el Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño (art. 20) y en el art. 23 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 11 de julio de 1990. La MGF puede considerarse una forma específica de persecución de menores, ya que afecta de forma desproporcionada a las niñas. En la Ley española de asilo se le confiere una protec-

³⁵ Así, se reconoce en la "Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina". Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Ginebra, Mayo, 2009, p. 6.

³⁶ De hecho, así ha sido reconocido en distintos países como en Francia, donde la Comisión de Recursos de los Refugiados (CRR), aceptó en *Aminata Diop* (1991), el estatuto de refugiado podría ser concedido a una mujer expuesta a MGF contra su voluntad, allí donde la MGF fuera oficialmente prescrita, animada o tolerada. En *Farah v. Canada* (1994) el Consejo de Inmigración y Refugio de Canadá describió la MGF como una "costumbre torturadora" y la identificó como una forma de persecución. El Consejo de Apelaciones de Inmigración de los Estados Unidos determinó en *Re Fauziya Kasinga* (1996), que el nivel de daño en la MGF constituía persecución. El Tribunal de Revisión de Refugio Australiano decidió en ART N97/19046 (1997) que un temor fundado de MGF practicado por la tribu del solicitante incluiría una persecución asociada al género. En el Reino Unido, el estatuto de refugiado con relación a un temor fundado de MGF fue, por vez primera, sostenido en *Yake* (2000) y, en el importante caso de *Fornah (FC) (Appellant) v. SSHD (Respondent)* (2006), la Cámara de los Lores declaró que "es de común entendimiento en esta apelación que la MGF constituye un tratamiento que equivaldría a persecución en el sentido de la Convención". Planteamientos similares han sido adoptados en otras partes de Europa, incluyendo Austria -GZ (Cameroonian citizen), 220.268/0-X1/33/00, Consejo Federal de Refugio de Austria, Senado Independiente Federal de Asilo, 21 de marzo de 2002-, Alemania y Bélgica (*Jurisprudencia n° 979-1239*, Consejo de Contenciosos de Extranjeros, Bélgica, 25 Julio 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4874d5082.html>). Vid. Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, Sección de Políticas de protección y asesoramiento jurídico. División de Servicios de Protección Internacional. Ginebra. ACNUR, (2009). Recuperado el día 21 de enero de 2011, del sitio Web <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/71391.pdf>.

³⁷ RC 6597/2003

³⁸ BOE núm. 299, de 12 de diciembre. Modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre BOE núm. 307, de 23 de diciembre, y por L.O. 14/2003 de 20 de noviembre, BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

ción especial, dada su situación de especial vulnerabilidad (arts. 46 a 48)³⁹. Dicha norma establece que los menores no acompañados que se encuentren en España serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal⁴⁰. De forma inmediata se adoptarán medidas para asegurar que el representante de la persona menor de edad, nombrado de acuerdo con la legislación vigente en materia de menores, actúe en nombre de la menor de edad no acompañada y le asista con respecto al examen de la solicitud de protección internacional mismo. Es evidente que es necesario proteger a una menor que se encuentra en nuestro país en una situación de desamparo y de garantizar que no esté solo ante un procedimiento de tal envergadura⁴¹. Por tanto, está claro que hay que adoptar medidas para proteger a la menor, pero la cuestión que se suscita es determinar cuándo hay que adoptar tales medidas. En algunas Comunidades Autónomas no se tramita el expediente de solicitud de asilo hasta que el menor no ha sido tutelado por el organismo competente, y, en otras, en cambio, se tramita primero la petición de asilo y seguidamente se envía al menor a los servicios de protección. ¿Qué solución debe adoptarse respecto de una menor de edad en situación de desamparo que solicita asilo a las autoridades españolas. ¿Qué debe primar la petición de asilo o su protección? A nuestro juicio, lo que parece más idóneo para una menor extranjera en situación de desamparo es su asistencia inmediata y su protección por los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Ello implica que debería ser declarada en situación de desamparo en virtud de un procedimiento llevado a cabo por las autoridades administrativas españolas, siempre que tuvieran competencia para ello y en el que habría que determinar cuál sería la ley aplicable. Hay que recordar que la pieza clave del sistema de competencia judicial internacional en materia de protección de menores es el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, "Bruselas II bis")⁴². Esta norma parte del interés superior del menor y del principio de proximidad, por lo que la competencia judicial de los Tribunales españoles bien podría justificarse en el foro de la residencia habitual del menor en España (art. 8) o por su mera presencia en nuestro país (art. 13). Una vez determinados los casos en el que las autoridades españolas son competentes, hemos de determinar la ley aplicable a la misma. El Reglamento "Bruselas II bis" no contiene normas de derecho aplicable en materia de protección de menores, por lo que resultan de aplicación las reglas de Derecho aplicable contenidas en el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, cuya aplicación es universal (art. 20)⁴³. Dicho Convenio parte del principio de aplicación a las medidas de protección del menor de la *lex fori* (art. 15.1º), lo que supondría la aplicación de la ley española. No obstante, este Convenio establece un régimen diferencial de la "responsabilidad parental" como institución de protección establecida sin la intervención constitutiva de una autoridad judicial o administrativa. En estos casos, se aplicaría la ley de la residencia habitual de la menor (art. 16.1º). Dado el carácter nominalmente *ex lege* de la tutela automática y el tenor del art. 16 del Convenio debemos plantearnos la posibilidad de encaje de la figura que estudiamos en este precepto convencional. El problema reside, por tanto, en determinar si el art. 16 se aplica a la tutela *ex lege*. Está claro que no debe de aplicarse en los casos en los que existen titulares de la patria potestad o tutores, en tales casos, la declaración de desamparo implica una auténtica medida de protección, que suspende las instituciones permanentes de protección existentes. La duda se plantea en los supuestos en los si existen. Efectivamente, en caso de "ausencia de progenitores y tutores" el ordenamiento aplicaría la asunción de la tutela por parte de la entidad competente, sin necesidad de realizar ninguna valoración de la situación en la que se encuentra el menor; la intervención de la autoridad pública tendría aquí un mero carácter formal, con lo que no impediría considerar que nos encontramos ante una relación de autoridad resultante de pleno derecho (Arenas García, 1998:36-39). Por nuestra parte entendemos, a la luz de los trabajos relativos a la elaboración del Convenio, que los autores de éste pretendieron incluir en el art. 16 los supuestos en los que no interviniese autoridad alguna, por lo que parece poco justificable incluir esta institución en el art. 16, aún en caso de ausencia de progenitores y tutores.

Una vez declarada la situación de desamparo y, por tanto, atribuida la tutela *ex lege* a la Administración, ésta tendría el título legal que le permite adoptar las medidas de protección que considere pertinentes. Estas medidas podrán ser establecidas en la resolución de desamparo, pero también podrían ser establecidas mediante una resolución distinta. Así, entre las medidas de protección que la Administración puede adoptar fren-

³⁹ En el Reglamento de la Ley de asilo se establece la posibilidad de que sean los menores los que soliciten asilo en nuestro Estado sin estar acompañados de un adulto (art. 15.4º)

⁴⁰ *Véase* el Informe de ACNUR, "Los menores no acompañados y la protección de asilo", apdo 3. Cabe destacar la Resolución del consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que se ocupa específicamente de estos menores en su art. 4. Este precepto aconseja a los Estados miembros que den un tratamiento de urgencia a estas solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los menores y su vulnerabilidad.

⁴¹ De hecho, el tutor que legalmente se asigne al menor debería considerar la posibilidad de solicitar asilo para el niño si lo estimara oportuno, aunque el menor no hubiera hecho mención expresa a este tipo de protección.

⁴² DOCE núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴³ BOE de 2 de diciembre de 2010.

te a los menores bajo su tutela se encuentra el acogimiento familiar y el acogimiento institucional o residencial, siempre que tuviese competencia para ello, es decir, siempre que la menor tuviese su residencia habitual en España (art. 8) o simplemente estuviese en nuestro país (art. 13). Una vez determinados los casos en el que las autoridades españolas fueran competentes para constituir la oportuna medida de protección habría que determinar la ley aplicable a la misma, según se establece el art. 15 del Convenio de La Haya de 1996. Dicho Convenio parte del principio de aplicación a las medidas de protección del menor de la *lex fori* (art. 15.1º), lo que supondría la aplicación de la ley española.

No obstante, también podría suceder que la menor solicitante de asilo estuviese en España acompañada con sus progenitores o con un tutor/a. Cuando una familia busca asilo basándose en el temor de que una niña de la familia sea objeto de MGF, la niña será normalmente la principal solicitante, incluso cuando se halle acompañada por sus padres. En tales casos, del mismo modo que la niña puede beneficiarse del estatuto de refugiado reconocido a uno de sus padres, a un padre se le puede, *mutatis mutandi*, conceder el estatuto derivado basado en la condición de refugiada de su hija, salvo que los progenitores también hubieran presentado una solicitud independiente (art. 40 Ley de asilo). Sin embargo, puede suceder que sean los progenitores quienes estando en España deseen someter a su hija a tales prácticas. En tales casos, la menor también podría solicitar asilo. Además, de cursarse la denuncia correspondiente, se debería proceder a la adopción de las oportunas medidas de protección de la menor, lo cual podría suponer la privación o suspensión de la patria potestad o la remoción de la tutela, si el juez lo estimase así conveniente y fuera competente para ello. En tales casos, las autoridades españolas tendrían competencia siempre que la menor tuviese su residencia habitual en España (art. 8) o simplemente estuviese en nuestro país (art. 13), siendo aplicable la ley de la residencia habitual de la menor *ex art.* 16 del Convenio de La Haya de 1996. Una vez que los padres de la menor hubiesen sido privados de la patria potestad, la menor quedaría bajo la guarda de la Administración (art. 172.3º Código Civil).

No obstante, también es posible que la MGF haya sido ya practicada en el lugar de la residencia habitual de la menor o mujer mutilada. En estos casos poco puede hacerse, pero ¿podría concederse el asilo a estas niñas o mujeres? En las Guías que publica ACNUR sobre las solicitudes de asilo, se reconoce que la permanente e irreversible naturaleza de la MGF confirma que una mujer o niña que haya sufrido la práctica antes de su búsqueda de asilo, puede todavía sufrir un temor fundado de persecución⁴⁴. Este puede ser el caso cuando la persecución sufrida sea considerada especialmente atroz y la mujer o niña se halle experimentando efectos psicológicos traumáticos continuos que conviertan en intolerable el retorno al país de origen. De esta forma, debe ser bien recibida la Sent. del TS de 11 de mayo de 2009⁴⁵ en la que se concede asilo a una mujer nigeriana sometida a ablación de clítoris, siendo destinada a un matrimonio forzado, al reconocer "que abandonar la familia supone la exclusión social y económica para la mayor parte de los nigerianos y particularmente para las mujeres. La única salida que se encuentran en estos casos es la prostitución".

3.3 Otras medidas y MGF

No obstante, puede suceder que la menor se encuentre legalmente en España junto a su/s progenitor/es o tutor/a y exista un riesgo inminente de sufrir dicha práctica en España o en el extranjero. En los supuestos en los que el profesional sanitario, educativo, o cualquier ciudadano/a tenga certeza de que existen actos preparatorios o la voluntad de los progenitores de llevar a cabo la MGF y disponga de indicios suficientes para concluir que se debe actuar deben ponerlo en conocimiento tan pronto como sea posible de la fiscalía de menores o a la autoridad judicial, a fin de evitar que se practique la mutilación. Ésta a su vez podría adoptar una serie de medidas cautelares dependiendo de la nacionalidad de los progenitores. Así, por ejemplo, se podría citar a los padres para conocer sus intenciones e informarles sobre las consecuencias de la MGF tanto para la salud de la niña como desde un punto de vista legal, imponer la obligación de presentar la niña periódicamente a un médico a efectos de control, y la obligación de comunicar al juez con antelación cualquier salida del territorio español. En el caso de que los padres proyectan hacer un viaje a su país de origen ordenar un examen médico antes y después del viaje a efectos de comprobación y, si la actitud de los progenitores es sospechosa, prohibir la salida del territorio (art. 28.2º L.O. 4/2000) y ordenar la retirada del pasaporte (o prohibir su expedición), con obligación de presentar la niña al juez a efectos de control⁴⁶. Dicha prohibición

⁴⁴ En el caso *Yayeshwork Abay and Burhan Amare v. John Ashcroft, United States Attorney General and Immigration and Naturalization Service*, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, Sexto circuito, 19 de Mayo 2004 (disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40b30ae14.html>.) concluyó, dadas las circunstancias del caso, que "el investigador razonable debería estar obligado a concluir que el miedo de la madre a llevar a su hija en la "cueva del lobo" de la mutilación genital femenina en Etiopía y a ser forzado a contemplar el daño y el sufrimiento de su hija se halla bien fundado".

⁴⁵ R/2009/4272

⁴⁶ En este sentido, es pionera la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (28 de junio de 2010), dado que en el art. 76 establece que: "Si en cualquier momento se valora que existe el riesgo de que la niña o la chica pueda ser mutilada, dentro o fuera del territorio del Estado, debe derivarse el caso a la fiscalía o al juzgado competente para que adopte las medidas necesarias para impedir la consumación de la ablación o la mutilación dentro del territorio del Estado, así como, si

podría ser adoptada por el juez con la advertencia de que en caso contrario podrían incurrir en un delito de desobediencia. Si los progenitores hubiesen adquirido la nacionalidad española, está claro que no puede imponérsele la sanción administrativa de expulsión, pero sí es posible que los progenitores fuesen privados o suspendido de la patria potestad en virtud de una decisión judicial, siempre que las autoridades españolas tuviesen competencia judicial internacional (Reglamento "Bruselas II bis") y aplicasen la ley de la residencia habitual del menor (art. 16)⁴⁷.

3.4 Medidas represivas y MGF

En el caso de que se tenga conocimiento de que una menor ha sido víctima de MGF en España ha de procederse a realizar la oportuna denuncia. La MGF es un delito de lesiones, tipificado y sancionado en los arts. 147 a 150 del Código Penal. Está castigado con pena de prisión (de seis a doce años). Si la víctima fuere menor, además, será aplicable la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, si el Juez lo estima adecuado. En estos supuestos, siguiendo la clasificación que realiza el art. 27 del Código Penal español, cabría declarar criminalmente responsables de este delito, tanto al autor -la persona que causa el daño-, como a los partícipes -los progenitores-, ya sea en calidad de coautores, ya sea como cooperadores necesarios -según la teoría que se siga-. En aplicación de la normativa de extranjería también podría procederse a la expulsión -cuando fuera posible⁴⁸- de las personas que perpetraron el acto o que obligaron a las menores a someterse a la mutilación. En efecto, el art. 57.2º L.O. 4/2000 establece que el extranjero podrá ser expulsado de nuestro país si ha sido condenado dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituye en nuestro Estado delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. No obstante, en la medida en que esta sanción administrativa no es obligatoria consideramos, a nuestro juicio, que la misma sí podría y debería de aplicarse a la persona que lleva a efecto la práctica, pero que quizás no sería del todo conveniente aplicarla a los progenitores, por los perjuicios que podrían derivarse para la menor. En cualquier caso, aún cuando éstos no fueran expulsados, podrían ser privados de la patria potestad y la menor permanecería en España bajo la tutela de las autoridades administrativas españolas previa declaración judicial de desamparo.

Ahora bien, si la práctica se ha realizado en el país de origen de los progenitores o en un tercer país, el delito no quedaría del todo impune, dado que el artículo 23.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la posibilidad de perseguirlo extraterritorialmente al reconocer la "competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, siempre que los responsables se encuentren en España". Ello quiere decir que sí podrá declararse la responsabilidad criminal de los progenitores -siempre que se encontrasen en España-, pero no de la persona que la realizó.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR. (2009). *Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina*. Sección de Políticas de protección y asesoramiento jurídico. División de Servicios de Protección internacional. Ginebra. Recuperado el 21/01/2011, de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7139/.pdf>.
- Adam Muñoz, María Dolores. (2003). *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho internacional privado*. Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba.
- Amnistía Internacional. (1999). *La mutilación genital femenina y derechos humanos. Infibulación, escisión y otras prácticas cruentas de iniciación*. Madrid: Amnistía internacional.
- Arenas García, Rafael. (1998). Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la Ley. (La protección de los menores desamparados en el DIPr. español). *Revista jurídica de Catalunya*, 33-69.
- Bénédicte, Lucas. (2008). Prevención de la ablación o mutilación genital femenina en España: planes de acción y medidas de protección de menores complementos necesarios a la prohibición legal. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 17. Recuperado el 21 de enero de 2011, de http://www.uv.es/CEFD/17/blucas_prevenion.pdf.
- De Lucas Martínez, Javier. (2006). *Europa: derechos y culturas*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Kaplan Marcusan, Adriana. (2001). Mutilaciones genitales femeninas: entre los derechos humanos y el derecho a la identidad étnica y de género. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 6, 195-214.
- Miguel Juan, Carmen. (2008). La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 17. Recuperado el 21/01/2011, de http://www.uv.es/CEFD/17/carmen_miguel.pdf.
- Mutilación Genital Femenina: más que un problema de salud*. (2008). Andalucía. Granada: Medicus Mundi. Recuperado el 21/01/2011, de <http://www.medicusmundi.es>

procede, para que prohíba la salida de la niña o la chica del Estado, de modo que la consumación de la ablación o la mutilación no pueda tener lugar en el exterior".

⁴⁷ Vid. supra.

⁴⁸ Hay que tener presente que el art. 57 establece supuestos en los que no procede decretar la expulsión.

- Sánchez Lorenzo, Sixto. (2009). Perfiles de la integración del extranjero. En S. Sánchez Lorenzo (Ed.). *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía* (pp. 31-61). Barcelona: Atelier.
- Torres Fernández, Elena. La mutilación genital femenina un delito culturalmente condicionado. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 17. Recuperado el 21/01/2011, de <http://www.uv.es/CEFD/17/torres.pdf>.