

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 835/2012

*RECURSO CASACION N°:*3/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Teruel

Fecha Sentencia: 31/10/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: MEM

- Delito de lesiones y mutilación genital. Ablación del clítoris a una niña de pocos meses
- Imposibilidad de admitir un error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece la persona, cuando los mismos suponen una flagrante vulneración de Derechos Humanos.
- El límite al respeto a las culturas autóctonas se encuentra en el respeto a los Derechos Humanos que actúan como un mínimo común denominador intercultural
- La ablación del clítoris no es cultura. Es mutilación y discriminación femenina

Nº: 3/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Fallo: 24/10/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 835/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Luciano Varela Castro
D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil doce.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **M. D. y N. S.**,

contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, Sección I, por delito de lesiones y mutilación genital, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. De Antonio Viscor.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcañiz, instruyó Sumario nº 3/2010, seguido por delito de lesiones y mutilación genital, contra **M. D. y N. S.**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Teruel, Sección I, que con fecha 15 de Noviembre de 2011 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que en fecha 21 de mayo de 2009 nació en la República de Gambia I. D., hija de los procesados M. D. y N. S. El día 4 de septiembre de 2009 N. S. y su hija I. entraron legalmente en territorio español donde se hallaba ya residiendo el Sr. D. 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 M. D. de la prohibición de esta práctica en su país de residencia, conocimiento del que carecía la procesada N. S.- Como consecuencia de estos hechos I. D. 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". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos: Al acusado M. D. 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 N. S. 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". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **M. D. y N. S.**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 852 LECriminal.

SEGUNDO: Al amparo del art. 849 n° 1° de la LECriminal.

TERCERO: Al amparo del art. 849 n° 2° LECriminal.

CUARTO: Al amparo del art. 851 n° 1° LECriminal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 24 de Octubre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 15 de Noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Teruel condenó a M. D. y N. S. como autores de un delito de lesiones por mutilación genital, concurriendo en N. S. un error de prohibición vencible a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que los condenados por sí o a través de persona no conocida procedieran a extirpar el clítoris de la hija menor de ambos, I., nacida el 21 de Mayo de 2009 y que junto con su madre, N., ingresó legalmente en territorio español el 4 de Septiembre de 2009 para reunirse con su marido y padre que ya llevaba residiendo en España desde hacía diez años, no habiendo realizado viaje alguno a país extranjero desde que entraron en territorio español.

Como momento de la mutilación efectuada se indica que ocurrió en fecha situada entre el 20 de Noviembre de 2009 y el 25 de Mayo de 2010.

Se ha formalizado recurso de casación por parte de ambos condenados que lo desarrollan en un recurso conjunto a través de **cuatro motivos** a cuyo estudio pasamos seguidamente.

Segundo.- El **motivo primero** por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia, y, en última instancia, por violación del principio *in dubio pro reo*.

En la argumentación se reiteran las mismas cuestiones alegadas en la instancia: que se reconoce la ablación del clítoris de su hija, pero que la misma no fue practicada en España ni por tanto intervinieron los recurrentes, que fue practicada en Gambia, en el país de origen antes de que la menor viniese a España en compañía de su madre, la también recurrente N..

Se cuestiona la prueba tenida en cuenta por el Tribunal de instancia que consistió en el resultado de dos informes médicos que tuvo la menor, el primero el 20 de Noviembre de 2009 --la menor entró en España el 4 de Septiembre del mismo año--, en la que se le efectuó una revisión completa en el Centro de Salud cuando la menor tenía seis meses, dicha revisión fue realizada por la pediatra dentro del programa "*Niño Sano*". Se le efectuó un examen detallado que incluía la exploración de los genitales, haciendo notar en su informe la doctora: "*Genitales externos normal*", lo que ratificó en el Plenario. Asimismo el Tribunal se refirió al

informe pericial del Dr. C. C. que la ablación del clítoris en bebés es fácilmente apreciable con solo examinar los genitales, y enlazado con ello que cuando en el nuevo reconocimiento de la menor llevado a cabo el 25 de Mayo de 2010, la Dra. A. hizo constar en su informe que obra en las actuaciones que carecía de clítoris porque le había sido extirpado, presentando una cicatriz acreditativa de la ablación que podía situarse meses atrás, sin concretar fecha.

Todo juicio es un decir y un contradecir, es decir se desarrolla en la dialéctica de versiones contrapuestas. En el caso de autos la prueba de descargo ofrecida por los recurrentes también fue valorada por el Tribunal de instancia que la rechazó. Dicha prueba estaba constituida por la declaración de los propios recurrentes que alegaron que dicha ablación fue efectuada en Gambia, antes de venir la menor a España, y enlazado con ello, alegaron que la doctora pediatra que efectuó el primer análisis pudo no apreciar la ablación.

El Tribunal sentenciador valoró toda la prueba y justifica su juicio de certeza en el sentido expresado en el fallo de forma razonable y razonada, como se acredita con la lectura de los fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia.

Hay que recordar que no es misión de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal (el sentenciador) justificó su decisión, en este caso condenatoria, y en este sentido, verificamos que la conclusión se ajusta perfectamente a los parámetros de racionalidad y de motivación exigibles.

Esta Sala ha visionado el video que contiene el desarrollo de la Vista, y en concreto, las declaraciones de los profesionales de medicina que le efectuaron diversos reconocimientos a la pequeña I. a raíz de su llegada, junto con su madre, desde Gambia para reunirse en España con el marido y padre --respectivamente-- que ya llevaba viviendo en España más de 10 años estando perfectamente integrado en la sociedad española.

La doctora A. M. P., le efectuó a la niña una revisión dentro del programa "niño sano", el día 25 de Mayo de 2010, se trata de una revisión integral que abarca el examen de los genitales y protocolizada, y en ella observó la ausencia del

clítoris, tratándose de una herida cicatrizada, no era una "*lesión aguda*" por lo que no podía datar la fecha de la mutilación.

Asimismo manifestó que al observar tal anomalía avisó a la pediatra del centro, ya que ella no tenía tal titulación.

La pediatra del centro de Alcañiz, Dra. A. coincidió con su diagnóstico de que a la niña se le había extirpado el clítoris, como ella misma declaró en el Plenario. Observó la ausencia de clítoris. No hay ninguna dificultad en diagnosticar la ausencia de clítoris para un especialista.

Por su parte la Dra. P. V., también pediatra del Centro de Salud de Alcañiz declaró en el Plenario que a la niña le efectuó una primera exploración ligera el 7 de Septiembre de 2009 por razón de que la niña no estaba vacunada de nada y había que vacunarla. Hay que recordar que fue el 4 de Septiembre --tres días antes-- habían --madre e hija-- venido a España. En relación a esta primera visita, reitera que la llevó a cabo el 7 de Septiembre pero en el historial se "*coló*" informáticamente en otra fecha.

Posteriormente le efectuó otra revisión, esta ya completa, protocolizada y dentro del programa "*niño sano*". Dicha revisión tuvo lugar el 20 de Noviembre de 2009 y en la revisión de los genitales observó, y así lo hizo constar, que los genitales externos eran normales, aclarando a preguntas que se le hicieron que de carecer de clítoris lo habría observado y habría actuado en consecuencia. Reiteró que no pudo haber error en relación a la observación de que los genitales eran normales.

Por su parte la Dra. O. D. ratificó el informe que le hizo a la niña el 21 de Junio de 2010, verificando la ausencia del clítoris por su extirpación total que no pudo ser por accidente, mutilación que debió haberse llevado a cabo unos pocos meses antes sin concretar, habiendo explicado al Tribunal las consecuencias de tal mutilación para la niña en su vida posterior, adjuntando las fotos a su informe concluyendo su informe respondiendo a preguntas del Presidente del Tribunal que a ningún especialista médico se le podía pasar en el marco de una exploración del niño integral, observar la ausencia del clítoris.

No existió el vacío probatorio de cargo que se denuncia, y por otra parte, verificado el cumplimiento del deber de motivación del Tribunal sentenciador, así como la razonabilidad de sus conclusiones, solo cabe concluir con la declaración de que no existió la violación del derecho a la presunción de inocencia.

En relación al principio *in dubio pro reo* hay que recordar que tal principio en su conexión con el derecho a la presunción de inocencia tiene el valor de una norma de interpretación y de valoración de la prueba para el Tribunal sentenciador, de suerte que cuando a la vista de la prueba de cargo y de descargo el Tribunal no puede alcanzar un juicio de certeza en un contenido condenatorio más allá de toda duda razonable, debe de optar por la tesis absolutoria o más beneficiosa para el imputado lo que supone que tal norma de interpretación y valoración probatoria se quebranta cuando el Tribunal sentenciador, constándole las dudas opta por la tesis más perjudicial.

En este sentido, el Tribunal sentenciador no ha patentizado ninguna duda sobre la autoría de los recurrentes en el hecho enjuiciado, por lo que en tal sentido no ha habido lesión de tal principio.

Ahora bien en sede casacional, el control que debe efectuar esta Sala, en relación al indicado principio es si el Tribunal sentenciador hizo bien en no dudar, a la vista de la contundencia y suficiencia de la prueba de cargo que supuso el decaimiento de la presunción de inocencia, o por el contrario, si el Tribunal no dudó pero debió dudar por la endeblez de dicha prueba de cargo, pues la prueba de cargo debe ser suficiente, es decir tener la consistencia necesaria para alcanzar el canon ya dicho de certeza más allá de toda duda. --SSTS 1317/2009; 855/2010; 591/2011 ó 956/2011, entre otras--.

Así centrado el debate verificamos en este control casacional que el Tribunal de instancia, no dudó e hizo bien en no dudar por la seriedad y contundencia de las informaciones incriminatorias valoradas, al no existir duda de que la niña, en el reconocimiento llevado a cabo el 20 de Noviembre de 2009 tenía sus órganos genitales normales, y el posterior reconocimiento de 25 de Mayo de 2010 acreditó que carecía de clítoris por habersele extirpado tiempo anterior, unos meses sin mayor concreción, datos objetivados por los informes médicos practicados que fueron ratificados y sometidos a contradicción al haber comparecido los doctores concernidos al Plenario, como ya se ha dicho. En tal

sentido, se está ante una certeza que alcanza el axiomático canon de "certeza más allá de toda duda razonable".

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- El **motivo segundo**, por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia la inaplicación del error de prohibición del art. 14 respecto de M. D., el padre de la niña. Hay que recordar que la madre, N. se le apreció el error vencible.

Mantiene el recurrente que la mutilación de los genitales de las mujeres es una práctica ancestral de más de tres mil años en su país y que no busca menoscabar la integridad física de las mujeres sino cumplir con una costumbre que facilita la integración de la niña en su comunidad.

Debemos recordar que se produce el error de prohibición cuando el autor cree que actúa lícitamente, --STS 336/2009 de 2 de Abril--. El error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente con la consecuencia de excluir la responsabilidad penal. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Solo en casos de que el error de prohibición sea vencible, cabrá una responsabilidad penal adecuada como prevé el art. 14 del Cpenal.

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

tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina. A tal efecto, debemos recordar la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005 de 8 de Julio que acordó perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina:

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

En el caso de autos, el recurrente M. D. llevaba a la sazón viviendo en España 10 años, estaba totalmente integrado en la cultura española y conocía --y así lo reconoció en su declaración en sede judicial obrante al folio 40 de la instrucción-- "*...que todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España....*". El propio *factum* así lo tiene declarado.

Rechazada la tesis de que la ablación se efectuó por los abuelos en Gambia, y declarado que tuvo lugar en España, la tesis del error de prohibición en el recurrente no puede ser admitida en modo alguno.

Hay que recordar, que la sentencia de instancia en relación a la madre de I., le apreció el error de prohibición, vencible, al tener en cuenta su situación, cualitativamente diferente a la de su esposo, como se justifica en la parte final del f.jdco. segundo de la sentencia de instancia.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- El motivo tercero, discurre por el cauce del *error facti* del art. 849-2º LECriminal, dicho error se cuestiona en que debería hacerse desaparecer del *factum* que la mutilación genital tuvo lugar en fecha no determinada, en España, entre el 20 de Noviembre de 2009 y el 25 de Mayo de 2010.

Cita como documento acreditativo del error el Historial Clínico de la menor de la Dra. V. obrante a los folios 14, 15 y siguientes.

Se trata de reconocimientos --anteriores al del 20 de Noviembre de 2009-- no citados en la sentencia que se refieren a diversos episodios de estreñimiento, faringe congestiva con amígdalas hiperémicas y laringitis catarral que para nada acreditan ni se refieren a la mutilación genital sin que en base a ellos pueda afirmarse un error del Tribunal en sus conclusiones. Como ya se ha dicho en la respuesta al primero de los motivos formalizados, tanto la Dra. M^a P. V. como las otras Dras. que examinaron a la niña acudieron al Plenario ratificando sus conclusiones y confirmando la realidad de la ablación del clítoris que se apreció en el reconocimiento del 25 de Mayo de 2010, en tanto que en el reconocimiento llevado a cabo por la insinuada Dra. el 20 de Noviembre se verificó unos genitales normales.

La documental citada no acredita ningún error.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- El **motivo cuarto**, por la vía del Quebrantamiento de Forma del art. 851-1º LECriminal denuncia **falta de claridad** en los hechos probados.

Se dice que la sentencia es imprecisa en cuanto al día concreto en el que se llevó a cabo la mutilación genital ya que tampoco se concreta la autoría de la misma, ya que se dice que pudieron ser los padres u otra persona de identidad desconocida.

No existió tal vicio.

El *factum* es claro y contundente y no hay oscuridad porque se desconozca la fecha concreta de la mutilación o si esta fue hecha por los padres o por tercero a su ruego. Lo relevante y acreditado por las pruebas practicadas es que la misma tuvo lugar entre la exploración de la menor el 20 de Noviembre de 2009 y el informe de 25 de Mayo de 2010. La fijación de la fecha exacta es algo periférico y accesorio.

En relación a la autoría de los padres, ha de recordarse que se trata de una niña que nació el 21 de Mayo de 2009, por lo que no tenía un año cuando sufrió la mutilación, y que la niña vivía con sus padres. En esta situación la autoría es clara teniendo en cuenta el concepto amplio de autor que tiene el Cpenal en el art. 27.

Procede la desestimación del motivo.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal, procede la imposición a los recurrentes de las costas de su recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **M. D. y N. S.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, Sección I, de fecha 15 de Noviembre de 2011, con imposición a los recurrentes de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección I, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

José Ramón Soriano Soriano

Luciano Varela Castro

Manuel Marchena Gómez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Giménez García, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Nyumba