



AUDIENCIA NACIONAL  
SALA DE LO PENAL  
SECCIÓN CUARTA

ROLLO N°13/11  
SUMARIO N°5/11  
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N° 5

*ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:*  
D<sup>a</sup> ANGELA MURILLO BORDALLO  
D<sup>a</sup> CARMEN-PALOMA GONZALEZ PASTOR (PONENTE)  
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO

## S E N T E N C I A N°9/2013.

En Madrid, a cuatro abril de dos mil trece.

**VISTAS** por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en juicio oral y público, las presentes actuaciones registradas en esta Sala con el número de Rollo 13/11 y tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción n° 5, por los trámites del sumario ordinario con el número 5/11 con respecto a la acusada \_\_\_\_\_, nacida en Bantantinity (Senegal), el 10/05/1972, hija de \_\_\_\_\_ y de \_\_\_\_\_, con \_\_\_\_\_, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional, de la que no ha sido privada, representada por la procuradora D<sup>a</sup>. Yolanda Jiménez Alonso y defendida por la letrada D.<sup>a</sup> Natalia Crespo de Torres.

Han sido partes, además de la citada, el Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Daniel Campos Navas. Actúa como ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Carmen-Paloma González Pastor, que expresa el parecer de la Sala.

En el acto del juicio, ha ejercido las funciones de intérprete de mandinga, D. Bordier Darana, con N.I.E. X-4185264-T.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró se incoaron, mediante auto de 18/08/2010, Diligencias Previas 2962/2010 a raíz del parte facultativo emitido por el centro médico de [redacted] el 16/08/2010, que ponía en conocimiento del citado juzgado, indicios que revelaban la mutilación genital de la menor [redacted]. El referido juzgado acordó su inhibición a favor de los juzgados centrales de instrucción en el propio auto de incoación de las Diligencias Previas, motivando que, tras su reparto, fueran turnadas al Juzgado Central de Instrucción nº 5 que incoó las Diligencias Previas 232/2010. Practicadas las diligencias de instrucción que se estimaron pertinentes, se dictó auto de incoación de sumario el 04/02/2011, registrado con el número 5/2011, en el que con fecha 18/02/2011 se dictó auto de procesamiento, que no pudo serle notificado en la citada fecha a la acusada, al haber sido declarada en rebeldía, de modo que una vez habida y concluido el sumario, se remitieron a esta Sección donde se había formado el Rollo 13/11.

**SEGUNDO.-** Una vez instruidos el Ministerio Fiscal y la representación legal de la citada procesada, se dictó auto el 24/09/2012, ratificando el de conclusión del sumario y la apertura del juicio oral con respecto a la acusada.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos para la acusada, [redacted], como constitutivos de un delito de lesiones, en la modalidad de mutilación genital del artículo 149.2 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que solicitó la imposición de una pena de 7 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio



pasivo y pago de las costas del juicio, y en concepto de responsabilidad civil, solicitó indemnizara a su hija, , en la cantidad de 50.000 euros.

**CUARTO.-** La defensa de la acusada, en idéntico trámite, calificó los hechos en disconformidad con la acusación pública, solicitando su libre absolución.

**QUINTO.-** Admitidas las pruebas interesadas por las partes en auto de 08/01/2013, se acordó en Decreto de 08/01/2013, la celebración del juicio para el día 13 de marzo de 2.013, fecha en la que la referida acusada no compareció pese a estar debidamente citada y apercibida de las consecuencias legales en caso de incomparecencia.

Como consecuencia de la solicitud de la medida cautelar de prisión del Ministerio Fiscal, a los efectos de poder celebrar el juicio en el acta celebrada al efecto, con la presencia de la letrada de la acusada, se dictó auto de prisión el propio 13/03/2013 señalando para la celebración de la vista al día siguiente, 14/03/2013, de modo que tras comparecer la acusada, acompañada de su esposo, en las dependencias de la Audiencia Nacional, se celebró el juicio y se dejó sin efecto la prisión, quedando las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

## HECHOS PROBADOS

Y así expresamente se declara

, mayor de edad y sin antecedentes penales, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2.010 con sus hijos, una vez que su marido, , residente en Cataluña desde 1.999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2.010, , acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, , nacida en una aldea de



Senegal el 20 de septiembre de 2.006, acudieron al centro de atención primaria de \_\_\_\_\_ donde, con motivo de la exploración realizada dentro del protocolo de actuación de niños inmigrantes, le fue apreciada la extirpación del clítoris y, como secuela, sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal, con una abertura mínima de entre 3 y 5 milímetros de diámetro, que precisará tratamiento quirúrgico.

La citada lesión fue causada directamente por la acusada o por otra persona con su consentimiento, antes de venir a España, como consecuencia de motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos así relatados, constituyen una modalidad del delito de lesiones, tipificado en nuestro Código Penal, desde la reforma introducida por Ley Orgánica 11/2003, en el artículo 149.2.

De ahí que proceda exponer las pruebas practicadas en el juicio oral consistentes, en la propia declaración de la acusada, la testifical del enfermero que conversó con la familia y que junto con la pediatra estuvo presente en el reconocimiento médico de la menor, y la pericial médica de los pediatras y los forenses que emitieron el oportuno informe sobre la manipulación física sufrida por la menor.

La declaración de la acusada, presidida por el ejercicio de los derechos de no confesarse culpable y de no declarar contra sí misma, y para la que fue absolutamente imprescindible el intérprete de mandinga, al no poderse expresar en otro idioma, puso de manifiesto, en síntesis, los datos siguientes: En primer lugar, no pudo precisar cuando vino a España al no tener estudios, pero sí indicó que antes de llegar a España, vivía



con sus tres hijos varones y su hija pequeña , en una zona rural de Senegal, hasta que su marido, que ya se encontraba en Cataluña, consiguió los permisos necesarios para que todos ellos vinieran. Mientras vivió en Senegal, trabajaba en el campo, por lo que cuando , -respecto de la que tampoco supo decir en qué año nació,- dejó de tomar pecho, aproximadamente al año de edad, la llevó a la aldea donde vivía su madre, esto es, la abuela materna de la menor, lo que le permitió continuar trabajando en el campo, ignorando si ella o alguien con su previo consentimiento, pudo haberle practicado la extirpación genital. Por último, reiteró haber tenido conocimiento de la lesión sufrida por su hija en el propio centro asistencial catalán, produciéndole la noticia una profunda tristeza ya que ella nunca lo hubiera permitido.

La declaración testifical del enfermero que entrevistó a los padres y estuvo en el reconocimiento pediátrico, aclaró ciertos datos, resultando que algunas de sus manifestaciones resultaron abiertamente contrarias a las declaradas por la acusada.

En efecto, manifestó recordar la exploración de , una niña de 3 años, a la que se le aplicó el protocolo de niños inmigrantes sanos, detectando entonces la lesión. Recordó haber hablado con el padre, toda vez que la madre no podía expresarse ni en catalán ni en castellano, haciendo el marido de intérprete. Añadió, que cuando les informó de la lesión de la niña, se apercibió de que no hubiera ninguna reacción de especial sorpresa en los padres; apreciación que resultó corroborada cuando el padre manifestó que la ablación sufrida era un hecho cultural en África; por lo tanto, hablaron de ella con normalidad. Además, al insistir el Ministerio Fiscal en preguntar el testigo acerca de más detalles sobre este último extremo, en concreto, sobre si recordaba que la acusada manifestara que ella también había sido objeto de la misma mutilación, -tras mostrarse reacio a contestar por entender que su respuesta podía poner de manifiesto datos confidenciales



efectuados por los pacientes o por quienes acompañan a una paciente menor de edad, en el estricto ámbito de una visita médica,- y ser disipadas sus dudas por el representante de la acción penal, en el sentido de hacerle saber que su declaración se encontraba legalmente protegida por cuanto se trataba de averiguar la perpetración de un delito, contestó, sin género de dudas, que efectivamente la acusada manifestó que ella también sufrió la misma lesión como consecuencia de las costumbres imperantes en ese aspecto en las zonas rurales de su país.

Por último, los peritos médicos manifestaron que efectivamente la niña había sufrido la indicada lesión que era antigua y que las secuelas observadas, esto es, la sinequia era consecuencia, con toda probabilidad, de alguna infección, sin poder precisar más datos al no conocer la forma en que se produjeron los hechos. Al ser informados por el Ministerio Fiscal que los hechos se produjeron por un profano de la medicina en una aldea de Senegal, sin ningún tipo de medios, no dudaron en afirmar el origen de las secuelas; precisando que en casos como el de autos, estas lesiones suelen necesitar muchos días de curación, incluso meses, pudiendo producirse durante ese periodo infinidad de infecciones, algunas de ellas mortales.

**SEGUNDO.-** Como se ha dicho con anterioridad, y una vez examinadas las pruebas citadas, el delito cometido por la acusada reúne los caracteres de una modalidad del genérico de lesiones, previsto, en concreto, en el artículo 149.2 del Código Penal.

Partiendo de tal premisa, a la hora de declarar la autoría de la acusada acerca de la lesión causada a la menor , no hace falta que las pruebas practicadas conduzcan, de forma inequívoca, a la imputación directa y material de la acusada, pues dado el tipo penal cometido, la edad de la víctima y la existencia del vínculo materno-filial existente, a efectos penales, es indiferente que las lesiones las causara



materialmente la acusada, la madre de esta última, -tal como la acusada insinuó-, o fueran perpetradas por un tercero, bastando que la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla, derivada de la anacronía de costumbres ancestrales. Pues esa falta de reacción o de sorpresa cuando, la acusada es informada por el enfermero, no puede obedecer sino es como consecuencia de saber la existencia de la lesión y, en su caso, de su anuencia para que ésta se produjera.

En efecto, que la acusada conocía la lesión genital de su hija , resulta acreditado pero no por sus manifestaciones pues, como se ha indicado, no sólo negó saber lo sucedido, sino que, en el acto del juicio, se mostró abiertamente en contra de la mutilación genital femenina y profundamente dolida cuando se enteró, supuestamente en el centro médico, de la lesión que padecía su hija.

Sin embargo, tales manifestaciones, efectuadas desde el prisma del ejercicio de sus derechos de defensa, quedaron absolutamente desvirtuadas por la declaración testifical prestada por el enfermero que entrevistó a los padres, quien, muy al contrario de lo anteriormente expuesto por la acusada, manifestó que, en el diálogo mantenido con el marido de la acusada y, haciendo al propio tiempo de intérprete de lo que ella le decía, cuando les comentó la lesión que presentaba , ambos se mostraron indiferentes, no sorprendidos por la noticia que en absoluto les resultó desconocida; es más, como se ha indicado, fue el marido de la acusada quien, ante la sorpresa del enfermero, le dijo que ese tipo de lesión era normal en su país, por ser propio de su cultura y tradición y por ello también, en su día, le fue practicada a su esposa.

Por todo ello y ante tal testimonio, el tribunal no alberga ninguna duda de la autoría de la acusada, ya sea como autora material de la lesión al amparo de lo dispuesto en los



artículos 28 y 29 del Código Penal en relación con el tipo penal aplicable al caso, esto es, el artículo 149.2 del Código Penal, o bien insita en el tipo penal de omisión previsto en el artículo 11 de nuestro Código Penal al exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital.

En efecto, de encuadrarse la acción dentro de este segundo supuesto, concurrirían los parámetros descritos en la sentencia del Tribunal Supremo 1538/2000, que, para la aplicación del referido artículo exige: 1º.- Producción de un resultado de lesión o peligro: 2º.- Omisión de una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación del resultado; 3º.- Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito este fundamental en los delitos especiales; 4º.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado y 5º.- Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. Datos, todos ellos, concurrentes en el caso.

Ahora bien, y partiendo de la autoría ya declarada de la acusada, la contumacia y claridad del testimonio prestado por el enfermero, en el sentido ya indicado de observar la imperturbabilidad y normalidad de la acusada ante el anuncio de la lesión sufrida por su hija, pone de manifiesto una importante cuestión acerca de su culpabilidad que, aún no habiendo sido planteada por las partes, obliga al tribunal a plantearse y, que no es otra distinta a la existencia de un posible error de prohibición que, de apreciarse, llevaría inevitablemente o bien a una exención de la responsabilidad, en el caso de que tal error fuera invencible, o una importante atenuación de la misma, en el caso de que el error fuera evitable.



Con objeto de exponer el tema de forma ordenada, se tratará, en primer lugar, si hay o no en el caso error de prohibición y de qué tipo; en segundo lugar, cual sea la situación normativa de los extranjeros en España cuando, como en el caso, se alegue conflicto entre sus costumbres y tradiciones y el ordenamiento jurídico penal español y, por tanto, desconocer que lo realizado era delito; en tercer lugar cual es la respuesta del ordenamiento jurídico penal español y finalmente, cual es el error existente y sus efectos.

En relación a la primera cuestión, la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, en concreto, la ss. 14/ 11/97, ha señalado que el error de prohibición se constituye, como el reverso de la conciencia de la antijuridicidad, esto es, como un elemento constitutivo de la culpabilidad que 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. Por lo tanto, sigue diciendo la mencionada sentencia, no cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad, ni tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obrar conforme a derecho.

Pues bien, a la luz de las pruebas practicadas en el plenario, lo que el tribunal ha deducido es que, realmente, la acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituía un delito no sólo dentro de España, sino incluso fuera de ella. Por tal motivo, y entendiendo así la cuestión, se entiende porqué en ese primer reconocimiento médico de su hija, en septiembre del 2.010, reaccionara con total normalidad, con indiferencia y sin sorpresa al ser informada de la lesión descubierta, reconociendo, incluso, haberla sufrido. Esto es, la naturalidad de su reacción no podía derivar de otra

cosa distinta que no fuera su convencimiento de que la lesión sufrida por su hija carecía de trascendencia penal.

Por el contrario, cuando tras aquel reconocimiento, se inició la investigación judicial que dio lugar a la celebración del presente juicio oral, su postura de indiferencia y jactancia, trocó radicalmente en desconocimiento y gran pesar por lo ocurrido.

Con respecto a la segunda cuestión, esto es, la determinación del marco legal en el que se desenvuelve la conducta de la acusada, en su condición de inmigrante, en supuestos en los que la actuación sometida a enjuiciamiento pretende estar amparada por el ejercicio de su tradición y cultura, debe tenerse en cuenta que, el principio o presupuesto normativo en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que éstos puedan eludirse en base a razones de tipo cultural, religioso o ideológico.

En efecto, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establece que *"Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas"*.

Por su parte, y de forma más concreta, la Exposición de Motivos de la L.O. 3/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, señala que *"El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países*

*de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres."*

Se entra en los dos últimos aspectos de la cuestión. Esto es, tras deducir del plenario que la acusada no sabía que o bien su actuación o bien la realizada por otra persona con su consentimiento, era contraria al orden penal español, no cabe la menor duda de que la respuesta del ordenamiento penal no puede ser la misma a quien, a sabiendas, infringe una norma penal; de ahí que nuestro Código Penal regule en el artículo 14 el error de prohibición, con distintos efectos según se considere que éste es invencible o vencible, pues mientras la apreciación del error invencible, daría lugar a la extinción de responsabilidad penal, la conclusión de que el error era vencible, da lugar a una rebaja importante de la pena en uno o dos grados.

Cuando el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este particular (ss. 14/12/1985 y 15/04/1996), ha establecido que, para valorar la entidad del error habrán de tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieran de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar.

Pues bien, atendiendo a los citados parámetros, ha resultado probado que así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta 2.010, su esposo llevaba residiendo en Cataluña, al menos desde hacía 10 años, por lo tanto, es inevitable pensar que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello,



conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos.

En consecuencia, el tribunal, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo y las circunstancias del caso, entiende que el error sufrido por la acusada es el vencible, por lo que procede minorar la pena de acuerdo a los cánones establecidos en el citado artículo 14 del Código Penal en uno o dos grados.

**TERCERO.-** No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, por lo que, como consecuencia de lo anteriormente expuesto y en orden a la fijación de la pena concreta, procede rebajar la pena abstractamente considerada, de entre 6 a 12 años, en dos grados, de forma que procede la imposición de la pena de dos años de prisión, pena que se encuentra situada en la mitad inferior de la pena legalmente imponible, lo que atendidas las circunstancias del caso, se entiende coherente y ajustada a los hechos probados objeto de enjuiciamiento.

**CUARTO.-** En materia de responsabilidad civil, habida cuenta de la entidad no sólo de la lesión producida sino también de las secuelas descritas, se entiende razonable al caso la fijación de una suma de 10.000 euros a cargo de la acusada y a favor de su hija , habida cuenta de la escasez de medios económicos de la familia.

**QUINTO.-** En materia de costas, procede la imposición de las mismas a la acusada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la L.E.Crim.

**VISTOS** los citados preceptos y demás de general y pertinente aplicación,

## F A L L A M O S

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a \_\_\_\_\_ como  
autora responsable de un delito de lesiones en su modalidad de  
mutilación genital, con la concurrencia de un error de  
prohibición vencible, y sin la concurrencia de circunstancias  
modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS  
AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de  
sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las  
costas del juicio y que en materia de responsabilidad civil  
indemnice a su hija \_\_\_\_\_ en 10.000 euros.

Contra la presente resolución puede interponerse recurso de  
casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que deberá  
prepararse en el plazo de cinco días a partir de la última  
notificación.

Así, por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en  
esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia  
por la Magistrada Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Carmen-Paloma González  
Pastor, estando celebrando audiencia pública el día de su  
fecha. Doy fe.