

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA**

*Sentencia N°:* 939/2013

*RECURSO CASACION N°:*832/2013

*Fallo/Acuerdo:* Sentencia Absolutoria

*Voto Particular*

*Fecha Sentencia:* 16/12/2013

*Ponente Excmo. Sr. D.:* José Ramón Soriano Soriano

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

*Escrito por:* MBP

**- LESIONES GRAVES.**

\* Ablación del clítoris de una niña senegalesa atribuida a la madre. Art. 149.2: mutilación genital.

\* Presunción de inocencia: ausencia de pruebas fiables.

\* Error de prohibición. Vencible o invencible: art. 14.2 C.P. Absolución.

*Nº:* 832/2013

*Ponente Excmo. Sr. D.:* José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 04/12/2013

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**  
*Sala de lo Penal*

**SENTENCIA Nº:** 939/2013

*Excmos. Sres.:*

**D. Juan Saavedra Ruiz, D. José Ramón Soriano Soriano, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Manuel Marchena Gómez, D. Perfecto Andrés Ibáñez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida 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 dieciséis de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de ley, que ante Nos pende, interpuesto por la representación de la acusada **FATOUMATA DABO**, contra

sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que la condenó por delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente acusada, representada por la Procuradora Sra. Jiménez Alonso.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 instruyó sumario con el nº 5 de 2011 contra FATOUMATA DABO, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Cuarta Sala Penal Audiencia Nacional, que con fecha 4 de abril de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Fatoumata Dabo, mayor de edad y sin antecedentes penales, inmigrante de Senegal, vino a Cataluña en 2.010 con sus hijos, una vez que su marido, Bouly Touré, residente en Cataluña desde 1.999, consiguiera permiso para reagrupar a su familia. El 16 de agosto de 2010, Fatoumata Dabo, acompañada de su esposo y la menor de sus hijos, Aminata Touré, nacida en una aldea de Senegal el 20 de septiembre de 2006, acudieron al centro de atención primaria de Premiá de Mar 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.*

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: *Que debemos condenar y condenamos a Fatoumata Dabo 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 Aminata Touré 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.*

**3.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la acusada **Fatoumata Dabo**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el recorrespondiente rollo y formalizándose el recurso.

**4.-** El recurso interpuesto por la representación de la acusada **FATOUMATA DABO**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr., por vulneración de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2º C.E., que recoge el derecho a la presunción de inocencia, y, en última instancia, por violación del principio in dubio pro reo. Error en la valoración de la prueba; Segundo.- Se renuncia expresamente a este motivo; Tercero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 11 del C. Penal; Cuarto.- Se renuncia expresamente a este motivo; Quinto.- Solo para el supuesto que nos fuesen desestimados los anteriores motivos: Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de ley, por inaplicación del art. 14.3º del C. Penal en su modalidad de error de prohibición invencible; Sexto.- Se renuncia expresamente a este motivo; Séptimo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. por vulneración de precepto constitucional, en concreto del art. 14 de la C.E., que recoge el derecho a la igualdad; Octavo.- Se renuncia expresamente a este motivo.

**5.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión de todos sus motivos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**6.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 4 de diciembre de 2013.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr., en el primer motivo el recurrente considera infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia regulado en el art. 24.2 C.E.

1. Sostiene el recurrente que no se ha practicado una prueba de cargo mínima, apta y suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia.

Parte del testimonio de la propia acusada, en modo alguno desvirtuado, en el que ha negado abierta y contundentemente su autoría o participación en los hechos que se le imputan.

Considera insostenible que la única prueba de cargo se halle integrada por la manifestación de un enfermero, por el hecho de que conocida la dolencia de su hija, cuando acudieron su esposo y ella a un centro de salud, dicho enfermero afirma que "no hubo reacción de especial sorpresa en los padres" al comunicarles la noticia. La inferencia del Tribunal de instancia no se sabe bien en qué consiste, es decir, si la falta de reacción es porque conocieran ya la lesión y sus posibles causas o porque no se le da importancia a una manipulación genital que es usual hacerlo en su país por una costumbre ancestral, sin que se le asigne un carácter ilícito en aquel país.

Hace igualmente referencia a que se ignora cuál fue la respuesta de la mujer a tal situación, ya que ella desconocía de forma absoluta el idioma español o catalán, ya que acababa de llegar a España y tuvo que hacer de traductor del idioma "mandinga" el marido de la acusada, también imputado en este proceso (nº 5/2011 del Juzgado Central de Instrucción nº 5).

2. Las pruebas en que se ha basado la sentencia son tres: el testimonio de la acusada, la declaración de un enfermero del Centro de Salud donde fue atendida la niña, y los informes periciales, estos últimos dirigidos a la determinación de la naturaleza y alcance de la lesión detectada, por lo que a efectos de culpabilidad en el sentido de intervención y atribución del hecho delictivo, solo existieron las dos primeras.

A) La acusada declaró que "antes de llegar a España, vivía con sus tres hijos varones y su hija pequeña Aminata, 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 Aminata, -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, ignorándose 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, produciéndole la noticia una profunda tristeza ya que ella nunca lo hubiera permitido.

B) El enfermero declaró que cuando les informó (a los padres) 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. Añadió que también dijo que su esposa también sufrió la misma consecuencia de las costumbres imperantes en las zonas rurales de su país.

C) Respecto al dictamen pericial, en el juicio el Fiscal puso al corriente a los peritos de que "los hechos se produjeron por un profano de la medicina en una aldea de Senegal, sin ningún tipo de medios ....".

La Audiencia en su fundamentación jurídica realiza manifestaciones que envuelven un alto grado de incerteza en la determinación de la autoría y en la conciencia de la ilicitud del hecho.

En este sentido afirma:

a) Que a efectos penales es indiferente que las causara materialmente la acusada, la madre de ésta o un tercero, bastando la condición de madre de la menor, para responsabilizarle en aras a las obligaciones que la patria potestad le imponía. En cualquier caso la responsabilidad devendría por la vía de la comisión por omisión (art. 11 C.P.).

b) Que la acusada debía conocer la lesión de su hija porque, aunque los padres en principio se mostraron, al conocer la dolencia de la hija, indiferentes y no sorprendidos, luego en el juicio la acusada se manifestó abiertamente en contra de la mutilación genital, cambió de actitud, que certeramente la Audiencia Nacional calificó como efecto del ejercicio del derecho de defensa.

c) Ante las pruebas practicadas la Audiencia considera que nos hallamos ante un error de prohibición vencible, al haber llegado el Tribunal a la convicción de que "la acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no solo dentro de España, sino fuera de ella".

Finalmente en las páginas 11 y 12 de la sentencia después de afirmar que el Tribunal de origen "dedujo del plenario que la acusada no sabía que, bien su actuación o bien la realizada por otra persona con su consentimiento, era contraria al orden penal español ...." todo lo cual justificaría una rebaja importante de la pena (dos grados, al reputar el error de prohibición como vencible).

A continuación nos dice en el mismo fundamento jurídico que "**ha resultado probado** que, así como la acusada vivió en una zona rural de Senegal hasta el 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 haberle asesorado** en este extremo, evitando así los problemas surgidos desde la llegada a España de la acusada y la hija de ambos".

**3.** Resulta de sumo interés, antes de dar respuesta al motivo, destacar algunas de las consideraciones del escueto informe del Fiscal, que expone sobre la cuestión:

a) "... no consta la forma y circunstancias en que se ha realizado la mutilación de la niña, la cual se encontraba a cargo de la ahora recurrente, teniendo en cuenta que la recién nacida **si bien fue entregada a su abuela**, la acusada **mantenía su custodia**.

b) "... todo lo cual nos permite concluir que tenía pleno conocimiento de la lesión inferida a la niña (nacida el 20 de septiembre de 2006) ....".

A esta conclusión llega el Fiscal con apoyo en el dictamen pericial, que se limita a concretar la lesión y el testimonio del enfermero.

**4.** Sobre los presuuestos fácticos o jurídicos en los que se asienta la sentencia, es evidente que a la recurrente le asiste razón, ya que la única prueba incriminatoria (testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado.

Hemos de partir, como hace la Audiencia, del testimonio razonable y persistente de dicha acusada, del que -como sostiene el Fiscal- "**no consta la forma y circunstancias en que se ha mutilado a la niña**".

El testimonio del enfermero, que admite diversas interpretaciones, ninguna de ellas tiene carácter claramente incriminatorio, pues las alternativas son dos: que los padres conocían antes la lesión, o que si se descubrió en el Centro de

Salud, es lógico que no sufrieran una reacción adversa y de contrariedad, si como explicó el marido y la Audiencia aceptó constituye una práctica usual y generalizada en las regiones rurales de su país, donde residía la menor, que no califican de ilícita ni ilegal (no consta acreditado que esta conducta se halle castigada penalmente en aquel país).

Por tanto, si lo sabía antes de acudir al Centro, lo que no es extraño si había detectado graves anomalías lesivas en sus órganos genitales, que permitían barruntar su origen, nada aporta a efectos de la culpabilidad del hecho que hay que referirla al momento de su comisión o de su evitación si se trata de una conducta omisiva.

Si se descubrió en el Centro de Salud, también resulta razonable la reacción, si en su país de origen es un uso generalizado en zonas rurales, y pudieron atribuir hipotéticamente la causación de la mutilación a la abuela materna o a una tercera persona a instancia de dicha abuela.

Desde el punto de vista de la actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre, si ésta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo. Nunca espera que su madre lleve a cabo nada que perjudique a su nieta, ni puede pensar en ello la acusada, si la ablación del clítoris es normal, pues no consta que se halle penalmente castigado en Senegal, ni podía predecir que iba a trasladarse en pocos años a España, con la crisis económica generalizada que atenaza a los países europeos en los últimos años.

Por último, ni siquiera por la vía de la omisión negligente del art. 11 C.P., se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando de facto se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad. Se desconoce a su vez, la distancia a la que se hallaba la acusada de su hija y los posibles contactos con la misma y su frecuencia.

Tampoco es posible responsabilizarla porque su marido residente varios años en España no le comunicara que en este país la ablación del clítoris es delictiva, pues si no lo hizo, como da a entender la Audiencia, la responsabilidad estaría de parte del marido, a quien afectan las mismas obligaciones derivadas de la patria potestad, y sin embargo, este último en la misma causa ha resultado absuelto, en sentencia dictada por la misma Sección en fecha 24 de julio de 2012.

Por todo lo expuesto el motivo debe estimarse, por entender absolutamente insuficiente la prueba incriminatoria habida en la causa, y abierta e insegura y no concluyente la valoración del indicio hecha por la Audiencia.

Con ello bastaría para dictar sentencia absolutoria, sin analizar los siguientes motivos, aunque la Sala estima que un somero análisis de los mismos reforzaría el criterio absolutorio de esta Sala.

**SEGUNDO.-** Por renuncia del motivo 2º, en el tercero con sede en el art. 849.1º L.E.Cr., considera infringido el art. 11 C.P. En el séptimo motivo, relacionado con éste considera vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (art. 14 C.E.).

1. La recurrente niega que su conducta esté incluida en el art. 11 como omisión con resultado positivo (comisión por omisión) al exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital. No concurriría -a su juicio- el manifiesto conocimiento y consentimiento de la impugnante a la lesión que padece su hija, o dicho en otros términos, no aparece en el factum la omisión consciente por haber dejado a su hija cuando contaba 1 año al cuidado de su madre (abuela materna), lo que por sí mismo no implica aceptación del resultado de la extirpación del clítoris que padeció.

2. De las probanzas existentes en la causa no aflora la conciencia en la acusada de un deber jurídico, ya que no era consciente del riesgo que podía entrañar dejar la niña al cuidado de su madre, a la que se debe suponer de plena responsabilidad para cuidar a su nieta.

En cualquier caso no cabe responsabilizarle por la simple condición de madre de la menor en razón de los deberes impuestos por la patria potestad, pues de ser así, como bien apunta el recurrente, su esposo, padre de la menor, hubiera soportado el mismo resultado condenatorio, al ser juzgado en este mismo proceso, con iguales pruebas que la recurrente (su testimonio, declaración del enfermero y dictámenes periciales), cuando resultó absuelto como se comprueba en los folios 209-213 de la presente causa.

Con estos argumentos queda contestado el motivo 7º, que deberá rechazarse.

Por último resulta de interés transcribir algún párrafo del dictamen del Fiscal emitido al dar respuesta al motivo tercero.

Nos dice: "*Es cierto que la oposición al motivo la hacemos partiendo de los hechos probados, pero en los mismos se deberían haber concretado más las*

*circunstancias de esa omisión, y si la acusada estaba o no en condiciones de accionar en defensa de la menor, sobre todo porque estamos juzgando el comportamiento de unos seres humanos que proceden **de un mundo** tan alejado del nuestro". El Fiscal sigue diciendo: "creemos ver en el pronunciamiento de la sentencia con la apreciación del error vencible, la disyuntiva espiritual que se le ha tenido que producir al juzgador, de ahí que haya aprovechado para imponer una pena menor".*

Con todo ello el motivo ha de estimarse, si bien no añade más que argumentos a la decisión de acoger el motivo primero.

**TERCERO.-** Por renuncia del motivo cuarto, en el quinto, a través de la vía procesal prevista en el art. 849.1º L.E.Cr., considera indebidamente aplicado el art. 14.3º inciso segundo, cuando debió aplicarse el inciso primero de ese art. 14.3º C.P.

1. La recurrente alega que si bien la Audiencia califica como vencible el error en que incurrió la acusación, no explica cómo ésta a pesar de todas las limitaciones en que se encontraba tuvo posibilidad de haber evitado la mutilación genital de su hija y no lo hizo, o si por el contrario el error padecido hubiera podido superarse empleando la diligencia objetiva y subjetivamente exigible.

2. A la acusada le asiste razón. No ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió.

Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado.

El motivo, aunque se repunte innecesario, por la estimación del primero, debe igualmente acogerse.

**CUARTO.-** La estimación de los motivos 1º, 3º, 5º y 7º hace que las costas del recurso se declaren de oficio, de conformidad al art. 901 L.E.Cr.

### **III. FALLO**

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley, con estimación de los motivos primero, tercero, quinto y séptimo y desestimación del resto, interpuesto por la representación de la acusada **FATOUMATA DABO**; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sección Cuarta Sala Penal Audiencia Nacional, de fecha 4 de abril de 2013, en causa seguida contra la misma por delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital. Se declaran de oficio las costas procesales. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Juan Saavedra Ruíz

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Manuel Marchena Gómez

Perfecto Andrés Ibáñez

832/2013

*Ponente Excmo. Sr. D.:* José Ramón Soriano Soriano

*Fallo:* 04/12/2013

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO**  
*Sala de lo Penal*

**SEGUNDA SENTENCIA N°: 939/2013**

*Excmos. Sres.:*

**D. Juan Saavedra Ruiz, D. José Ramón Soriano Soriano, D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, D. Manuel Marchena Gómez, D. Perfecto Andrés Ibáñez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida 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 dieciséis de Diciembre de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, con el número 5 de 2011, y seguida ante la Sección Cuarta Sala Penal Audiencia Nacional, por delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital contra la

acusada **FATOUMATA DABO**, nacida en Bantantinity (Senegal), el 10/05/1972, hija de Saibo Dabo y de Moskouta Souko, con NIE-Y-1020471-K, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, en situación de libertad provisional, de la que no ha sido privada, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 4 de abril de 2013, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

**SEGUNDO.-** Conforme a todo lo argumentado en la sentencia rescindente, procede decretar la absolución de la acusada, con todas las circunstancias favorables declarando de oficio las costas de la instancia.

### **III. FALLO**

Absolver a la acusada del delito que se le acusa con todas las consecuencias favorables declarando de oficio las costas de la instancia. Álcense cuantas trabas y embargos pudiera haberse decretado en la causa.

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

Juan Saavedra Ruíz

José Ramón Soriano Soriano

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Manuel Marchena Gómez

Perfecto Andrés Ibáñez

# **TRIBUNAL SUPREMO**

## **Sala de lo Penal**

---

### **VOTO PARTICULAR**

**FECHA:16/12/2013**

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO  
D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ A LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE  
DICIEMBRE DE 2013, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM.  
832/2013**

I.- Mediante el presente voto particular quiero expresar mi desacuerdo con la absolución de la acusada, Fatoumata Dabo. Todo motivo de casación formalizado con invocación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, nos obliga a una valoración de la licitud de la prueba de cargo, de su suficiencia y de la racionalidad con la que ésta ha sido valorada por el Tribunal de instancia. Excluida cualquier duda sobre la licitud y sobre la lógica de los razonamientos esgrimidos por la Audiencia Nacional –nada de ello se ha cuestionado- nuestro análisis ha de centrarse en la consistencia incriminatoria de las pruebas ponderadas por los Jueces de instancia.

Mis compañeros han concluido la procedencia de estimar el primero de los motivos “...por entender absolutamente insuficiente la prueba incriminatoria habida en la causa, y abierta e insegura y no concluyente la valoración del indicio hecha por la Audiencia”. Es en el FJ 1º donde se explican y razonan las claves que llevan a estimar vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Allí se indica que las pruebas en que se ha basado la sentencia de instancia son tres: a) el testimonio de la acusada; b) la declaración de un enfermero del Centro de Salud donde fue atendida la niña; y c) los informes periciales, estos últimos dirigidos a la determinación de la naturaleza y alcance de la lesión detectada. De

ahí que –concluye la mayoría- *“...a efectos de culpabilidad en el sentido de intervención y atribución del hecho delictivo, sólo existieron las dos primeras”*.

Tras hacer una glosa literal del testimonio de la madre y del enfermero que atendió a la niña, la sentencia concluye que *“...sobre los presupuestos fácticos o jurídicos en los que se asienta la sentencia, es evidente que a la recurrente le asiste la razón, ya que la única prueba incriminatoria (testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado”*.

No puedo compartir este razonamiento.

Existe algo más que el testimonio del enfermero para proclamar la autoría de la acusada. En efecto, nuestra sentencia no extrae todas las consecuencias jurídicas que se derivan de un hecho que, a mi juicio, nos habría permitido confirmar el juicio de autoría, tal y como fue formulado por la Audiencia Nacional. Me refiero, claro es, a la condición de garante de la acusada, madre de Aminata Touré, quien ejercía la patria potestad sobre su hija y a la que correspondía su custodia. Y ello pese a que las largas jornadas de trabajo a la que le obligaba su dedicación a la agricultura, le exigieran poner a la niña al cuidado de su abuela materna. En la sentencia recurrida no se ofrecen datos que nos permitan concluir la existencia de períodos de interrupción en la custodia de la menor que hayan podido convertir en puramente nominal la titularidad de la patria potestad y la efectiva custodia de la niña.

Desde esta perspectiva adquiere pleno significado el fragmento del FJ 2º de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en el que se razona en los siguientes términos: *“...partiendo de tal premisa, a la hora de declarar la autoría de la acusada acerca de la lesión causada a la menor Aminata, 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”.*

La Audiencia Nacional ha descartado cualquier duda acerca de la responsabilidad de la acusada, ya sea como autora material de la acción dirigida a la ablación del clítoris, ya como responsable, en su condición de garante, de la omisión que condujo “...a exponer a su hija al inevitable peligro de que le fuera practicada la lesión genital”.

Es en este contexto en el que hay que ponderar el testimonio del enfermero que atendió en el centro de salud de Barcelona a la niña y que detectó las lesiones padecidas por aquélla. Esa declaración no es –frente a lo que sostiene la mayoría- la única prueba de cargo sobre la que se asienta la condena de Fatoumata Dabo. Su testimonio sirve al Tribunal de instancia para reforzar el valor jurídico de la omisión en la que incurrió aquélla y a la que, su condición de garante, la convierte en responsable en los términos regulados en el art. 11 del CP. Así se expresa por los Jueces de instancia en el FJ 2º: “...en efecto, que la acusada conocía la lesión genital de su hija Aminata, 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 Aminata, 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”.

II.- La sentencia de la que disiento extiende sus consideraciones a la posible concurrencia de un error de prohibición, no ya vencible, como fue valorado por la Audiencia Nacional, sino de carácter invencible.

Es más que discutible que la estimación del primero de los motivos –en el que se denunciaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia- sea compatible con el análisis que se contiene en el FJ 3, apartado 2º, referido a la concurrencia de un error de prohibición. Y es que descartada la autoría por la estimación del primero de los motivos, huelga cuestionarse si la persona a la que no se considera autora del hecho imputado ha podido ver afectada su culpabilidad. Sea como fuere, en la medida en que la sentencia estima el motivo (“...*aunque se reputa innecesario*”), me veo también obligado a dejar constancia de mi desacuerdo.

La razón que lleva a la mayoría a la estimación del error invencible de prohibición se expresa en los siguientes términos: “...*no ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió. [...] Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado*”.

En mi opinión, el reproche a la falta de acreditación o de razonamiento acerca de la existencia de algún sistema de información que permita deshacer el error, no está justificado. Senegal ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen la dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física. También ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales femeninos.

En efecto, la Convención de Derechos del Niño fue firmada por Senegal con fecha 26 de enero de 1990, ratificada mediante instrumento de 31 de julio de 1990 y entró en vigor el día 2 de septiembre del mismo año. Del mismo modo, Senegal ha suscrito la Carta Africana de Derechos Humanos y el *Protocolo de Maputo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer en África*, de 11 de julio de 2003. En su art. 5 se establece que “...*los Estados Partes prohibirán y condenarán todas las formas de prácticas*

*nocivas que afecten negativamente a los derechos humanos de la mujer y que sean contrarias a las normas internacionales reconocidas. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para eliminar tales prácticas, incluyendo: a) La creación de conciencia pública en todos los sectores de la sociedad en relación con las prácticas nocivas mediante la información, la educación formal e informal y programas de divulgación; b) La prohibición, mediante medidas legislativas respaldadas por sanciones, de todas las formas de mutilación genital femenina, escarificación, medicalización y paramedicalización de la mutilación genital femenina y toda otra práctica con el fin de erradicarlas; c) La prestación del apoyo necesario a las víctimas de prácticas nocivas a través de servicios básicos como servicios de salud, apoyo jurídico y judicial, asesoramiento emocional y psicológico así como formación profesional para que sean autosuficientes; d) La protección de las mujeres que corran el riesgo de ser sometidas a prácticas nocivas o toda otra forma de violencia, abusos e intolerancia.*

Por cuanto antecede, considero que la Sala debería haber desestimado los motivos que integran el recurso, manteniendo la condena de la recurrente como autora de un delito de lesiones en su modalidad de mutilación genital, en los mismos términos en que fue condenada por la Audiencia Nacional.

Manuel Marchena Gómez

**PUBLICACIÓN.-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.