

LIBERTAD RELIGIOSA Y SALUD EN CLAVE MULTICULTURAL¹

María Moreno Antón

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico de la UAM

Sumario: 1.- Planteamiento; 2.- Multiculturalidad y Estado social de Derecho; 3.- Libertad religiosa y salud: Supuestos concretos; 3.1. Ablación; 3.2. Circuncisión; 3.3. Otros

1- Planteamiento

El propósito de este estudio es ofrecer pautas jurídicas para determinados comportamientos y prácticas relacionadas con la salud que están siendo reclamadas por ciertos colectivos de inmigrantes que se instalan en nuestro país, apoyándose en su cultura, su religión y sus creencias². Nuestro análisis va a centrarse en la ablación del clítoris, cuya legalización y práctica en el ámbito sanitario público ha sido demandada en Francia para contrarrestar los efectos perniciosos que conlleva su práctica clandestina; en la circuncisión; y haremos también referencia a algunos casos puntuales que se han dado en España, como la negativa de mujeres musulmanas a ser asistidas sanitariamente por varones, o la solicitud de documentos acreditativos de la virginidad de niñas islámicas por parte de sus padres.

Con carácter previo, creemos conveniente señalar de manera sucinta las bases jurídico-políticas desde las que deben abordarse estos supuestos.

¹ Artículo publicado en MARTÍN SÁNCHEZ, I. (Ed.), *Libertad religiosa y Derecho Sanitario*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007, pp. 111-138. (ISBN-978-84-7392-670-6)

² Un estudio sobre la posición jurídica del inmigrante en cuanto sujeto del derecho a la salud puede verse en ARBELÁEZ RUDAS, M., Inmigración y salud: la protección de la salud frente a la diversidad cultural, Revista de Bioética y Derecho nº 7-Junio 2006, <http://www.bioeticayderecho.ub.es>.

2- Multiculturalidad y Estado Social de Derecho

La sociedad occidental, asentada en el Estado de bienestar, es hoy receptora de un gran contingente humano, procedente de otras órbitas culturales, que pretende mejorar sus condiciones de vida y las de su familia. Las personas que llegan a Occidente traen consigo su forma de ver la vida, sus propias creencias religiosas e ideológicas y sus propias pautas culturales que, con frecuencia, chocan con los principios y valores imperantes en el territorio en el que se instalan. Y, aunque la inmigración ha existido siempre, lo que cambia hoy día es la actitud de los inmigrantes, que reclaman el derecho a ser diferentes y a insertar esa diferencia en la sociedad en la que se instalan. La consecuencia es la quiebra de una sociedad integrada y el riesgo de desestructuración social³. Éste es, a grandes rasgos, el origen y causa de un fenómeno denominado multiculturalismo o multiculturalidad, cuya base es la llegada a un grupo social preexistente -la sociedad receptora- de otro grupo con valores, costumbres y formas de vida opuestos, que pasa a ocupar un lugar en la economía, la estratificación social, la cultura, las relaciones sociales, la política⁴.

El multiculturalismo genera el problema de la “cohabitación étnica” y de las posibles estrategias de incorporación de los grupos de inmigrantes a la sociedad receptora, así como su interacción con la población autóctona⁵. El Derecho debe adaptarse a las nuevas situaciones sociales y tomar en consideración la realidad multicultural. Sin embargo, el tema es complejo porque la multiculturalidad origina un choque cultural en el que los códigos éticos, morales y jurídicos que ingresan en la sociedad receptora entran en conflicto con los valores y principios del Estado

³ Indica BARREIRO RIVAS que el problema de la inmigración en Europa no es ni el racismo ni el impacto económico que genera sino el miedo a la fragmentación de nuestra sociedad. Porque hemos creado la idea de un Estado laico y plural, basado en la libertad e igualdad de los hombres y en el ejercicio de la democracia. Nos ha costado 20 siglos conseguir una sociedad armónica, cohesionada y apoyada en principios que parecían indestructibles y sin embargo, los nuevos credos, los nuevos universos éticos, los cosmos religiosos que traen los inmigrantes rompen los modelos institucionales y familiares que tenemos al apoyarse en sistemas sociales articulados sobre estructuras contrarias a las nuestras (Cfr. BARREIRO RIVAS, X.L., “El camino de Santiago como factor de encuentro intercultural”, *Hacia una Europa multicultural. El reto de las migraciones*, Salamanca 2002, pp. 101-104).

⁴ La conexión inmigración/fenómeno multicultural puede verse en la Obra colectiva dirigida por M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, *Multiculturalismo y movimientos migratorios*, Valencia 2003.

⁵ Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J., *Movimientos migratorios contemporáneos*, *Hacia una Europa multicultural. El reto de las migraciones*, Salamanca 2002, pp. 85-88

democrático de Derecho que, si bien, considera al pluralismo como un valor del Ordenamiento, y reconoce el derecho a la identidad cultural y la necesidad de proteger las raíces de la persona, también proclama la libertad, la justicia y la igualdad como valores irrenunciables, en los cuales deben sustentarse todas las normas jurídicas que rigen la vida de sus ciudadanos (v. g. art. 1 CE).

Siguiendo a DE LUCAS, al hablar de multiculturalismo lo primero que debe evitarse es la confusión entre los planos descriptivo y normativo, lo que exige distinguir la sociedad multicultural de las respuestas normativas, bien políticas o bien jurídicas, a las necesidades y conflictos que dicha sociedad comporta⁶.

Desde un punto de vista meramente descriptivo, el multiculturalismo consiste en la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales, con identidades culturales propias por razones étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales, tan distintas entre sí que parecen predeterminadas al choque y al conflicto⁷. En la sociedad multicultural falta un consenso básico sobre principios y valores, lo que la diferencia radicalmente de la sociedad plural, asentada sobre principios comunes, irrenunciables e inmutables, que permiten la convivencia pacífica y armónica de diferentes cosmovisiones o concepciones vitales⁸.

Como hecho social, el multiculturalismo requiere políticas de gestión y respuestas razonables y racionales a los problemas que genera⁹. Por eso, saliendo del plano de los hechos y pasando al plano normativo, debemos preguntarnos cómo debe reaccionar la sociedad de acogida frente al hecho multicultural, es decir qué respuestas

⁶ Cfr. La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos, *Derecho y Sociedad*, Valencia 1998, pp. 20-21.

⁷ No debe confundirse con la interculturalidad que es una de las posibles respuestas jurídico-políticas a una realidad social multicultural y ya no se sitúa en el plano de los hechos, sino en el de los valores, ideales o principios, es decir en el plano normativo (Cfr. DE LUCAS, J., *La sociedad multicultural. Problemas.....*, p.22).

⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Tolerancia y Derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, 2001, p. 12.

⁹ No obstante, hay quien concibe el fenómeno multicultural como proyecto ideológico, no como hecho social, y le hace responsable de la desintegración de la sociedad plural en la que se asienta el mundo occidental, acusándole de fabricar la diversidad y multiplicar las diferencias, convirtiendo en reales identidades potenciales y aislándolas en *guettos* que conducen a la destrucción de la comunidad pluralista (Cfr. SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, trad. de M.A. Ruiz de Azúa, Madrid 2001, pp. 88-89 y 123 y ss).

jurídicas y políticas hay que dar a este fenómeno. Doctrinalmente se señalan tres posibles modelos: la asimilación, la integración y la autonomía¹⁰.

La asimilación parte de una visión monocultural del fenómeno migratorio por parte de la sociedad de acogida cuya cultura, más fuerte, se impone a la más débil del inmigrante. En este modelo no hay ninguna alteración de los principios y valores que componen la esfera cultural del país de acogida. El Estado interviene siempre en defensa de la cultura autóctona.

En el modelo asimilacionista la diferencia se elimina mediante la aculturación es decir la adquisición de las costumbres, formas de pensar y demás características del conjunto de la sociedad, con la consiguiente renuncia a la cultura de origen. Se considera un modelo basado en la superioridad y jerarquía cultural, poco acorde con valores propios de la sociedad occidental como los de libertad, igualdad y respeto a la identidad cultural de las minorías¹¹.

La integración es un modelo de adaptación mutua que parte del respeto a la diversidad cultural mediante el reconocimiento de determinadas prácticas culturales de los inmigrantes. La sociedad receptora acepta la diversidad a cambio de la inserción del extranjero en el modelo social, para lo que es conveniente el conocimiento de la lengua, las costumbres y las leyes del país de residencia.

La integración implica un proceso de mutua adaptación de dos segmentos socioculturales: la minoría se incorpora a la sociedad receptora en igualdad de condiciones, derechos y obligaciones que los ciudadanos autóctonos sin perder por ello su cultura de origen, y la sociedad receptora incorpora los cambios normativos,

¹⁰ Seguimos en este punto a ESPLUGUES MOTA, C., *Inmigración y Derecho de extranjería* (Especial referencia a la reagrupación familiar), *La multiculturalidad: Especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 98 y ss.

¹¹ El art. 5º del *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales* de 1 de Febrero de 1995, elaborado en el seno del Consejo de Europa, prohíbe a los Estados Parte la utilización de políticas o prácticas de asimilación contra la voluntad de los integrantes de la minoría, al tiempo que les obliga a proteger a dichas personas contra las acciones destinadas a dicha asimilación. Por su parte, el art. II-82 del Tratado por el que se establece la Constitución Europea consagra el respeto de la Unión a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. Además la Comisión Europea de Derechos humanos ha interpretado el art. 8 del Convenio de Roma de 1950 que reconoce la autonomía cultural en los ámbitos privado y familiar, como un instrumento de protección del particular estilo de vida de los grupos minoritarios (Cfr. MOTILLA, A., *Consideraciones previas, Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, p. 17).

ideológicos e institucionales necesarios para que ello sea posible. Ahora bien, el extranjero es aceptado en el nuevo entorno social sin exigirle una renuncia total de sus raíces, pero el país de acogida aplica sus propios criterios a la hora de seleccionar cuál de ellas puede mantener.

Algunos conectan este modelo con el mestizaje o crisol de culturas que implicaría a todos los miembros de la sociedad en la creación de una nueva sociedad mediante la fusión de los elementos culturales y raciales¹².

El modelo de autonomía consiste en el mantenimiento por el inmigrante o grupo de sus propias normas, valores y costumbres, sin tener que adquirir el estilo de vida del país de acogida. En este sistema se reconoce el derecho a la diferencia en el marco de una convivencia multicultural. Es el más favorable a las minorías, porque les permitiría disfrutar en el Estado receptor de sus propias leyes personales (matrimonio, divorcio, sucesiones...) mediante la adopción por parte del sistema de las excepciones jurídicas necesarias para cumplir con sus costumbres y creencias¹³. Sin embargo es, hoy por hoy, una respuesta más utópica que real, que comporta, además, dos riesgos serios:

En primer lugar, fomenta la consolidación de grupos sociales aislados, lo que impediría a sus miembros evolucionar, abandonar el grupo y arraigarse en la nueva sociedad. El modelo de autonomía favorece la existencia de *guettos* o islas de inmigrantes, que tendrían diferentes derechos a los de la población nacional y en los que podrían verse limitados o hurtados los derechos de los más débiles como las mujeres y los niños.

¹² Es lo que en el ámbito americano se conoce como *melting pot* que consiste en el abandono de la cultura de los distintos grupos étnicos y el nacimiento por fusión de una cultura común. Al respecto Vid. SORIANO MIRAS, R. M^a, *El asentamiento de la mujer.....*, p. 121-122. Por el contrario, otros conectan el *mosaico de culturas* con el modelo de autonomía por los resultados a los que ha llevado, consistentes en la superposición de diversas comunidades culturales que no se han fusionado, sino que han conquistado su derecho a vivir en su propia isla (Cfr. MARTÍ, J.M^a, El Islam en España: implicaciones culturales y jurídicas, *ADEE*, vol XXI, 2005, p. 207).

¹³ Por ejemplo, las comunidades musulmanas vienen reclamando la aplicación de un estatuto familiar de corte islámico para los musulmanes establecidos en Europa mediante la creación de un código familiar islámico aplicable a los residentes europeos (Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., El Estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas, *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones internacionales*, Madrid 1999, pp. 182-183).

En segundo lugar, supone admitir principios o comportamientos contrarios a valores occidentales que se consideran irrenunciables y no negociables, por ejemplo tener que aceptar un tratamiento desigual basado en la procedencia étnica o en el sexo, lo que hoy por hoy es contrario a la igualdad radical de todos los seres humanos que predicen los textos internacionales y las constituciones europeas.

En el plano social, se considera que mejor es *congregar que segregar*, es decir que los conflictos se resuelven con el diálogo, la negociación y el consenso y no mediante la imposición. Por eso la respuesta al multiculturalismo debe ser el diálogo intercultural que fomente el conocimiento mutuo entre personas de diferentes culturas y que lleve a comprender las peculiaridades del otro¹⁴. La interculturalidad, entendida como la promoción del diálogo entre las culturas, parte del respeto a los valores de otras culturas y de la promoción del intercambio cultural frente a la simple asimilación por la cultura dominante, la mera tolerancia o el rechazo conducente al racismo y a la discriminación¹⁵. Como principio expresa la posibilidad de convivencia entre culturas diferentes; como objetivo, orienta las acciones y procesos para que dicha convivencia sea posible, y todo ello con el respeto a los derechos humanos como límite¹⁶.

En el plano jurídico, la sociedad occidental se mueve hoy entre el respeto a los derechos humanos como valores universales y la protección de la diversidad cultural que según el Comité Económico y Social de la UE es una característica propia de la Europa democrática¹⁷. Desde estas premisas, se ha dicho que la aceptación en el foro de la diversidad cultural es la única posibilidad de conseguir una verdadera integración¹⁸. La mayor parte de las propuestas jurídicas para responder al fenómeno multicultural rechazan las pautas asimilacionista y autonomista y se inclinan por la interculturalidad,

¹⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., Ciudadanía e inmigración en las sociedades multiculturales, *Ciudadanía e inmigración*, Zaragoza 2003, pp 28-29.

¹⁵ Cfr. BOROBIÓ, D., Familia e interculturalidad. Importancia cultural de la familia en la sociedad actual. *Familia e interculturalidad*, Salamanca 2003, pp. 33-35.

¹⁶ Cfr. ADROHER BIOSCA, S., Desafíos del Derecho de familia en una sociedad intercultural, *Familia e interculturalidad*, Salamanca 2003, p.326, nota 25.

¹⁷ Dictamen sobre “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”, punto 1.7. DOCE C N° 125 de 27 de Mayo de 2002. El respeto a la diversidad cultural está recogido en el art. II-80 del Tratado por el que se establece la Constitución Europea.

¹⁸ Cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., Minorías y Derecho Internacional Privado: Introducción, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares 2001, p. 307.

por la integración flexible¹⁹, caracterizada en primer lugar por el respeto absoluto a los derechos humanos que serían los valores fundamentales de orden universal que trascienden los valores particulares de cada grupo y que estarían por encima de cualquier cultura²⁰; y en segundo lugar, por la diversidad en los valores culturales, cuestiones accesorias que no afecten a esos derechos humanos²¹. En esta línea, la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos humanos de 19 de Octubre de 2005, al tiempo que recoge el respeto a la diversidad cultural, señala que no puede alegarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 12).

Si el multiculturalismo se enfoca desde la libertad religiosa, los problemas que se plantean hoy en Europa se deben a la creciente incorporación de la población musulmana al Occidente europeo porque ni la inmigración europea ni la latinoamericana plantean especiales dificultades en lo relativo a la protección de este derecho²².

¹⁹ Vid. ABARCA JUNCO, P., La regulación de la sociedad multicultural, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid 2000, p.167. También RODRÍGUEZ BENOT, A., Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento Español, *La multiculturalidad. Especial referencia al Islam*, Madrid 2002, p. 42.

²⁰ La universalidad de los derechos humanos se pone en duda desde planteamientos islámicos que potencian su relativización, intentando acomodarlos a la perspectiva ideológica islámica en la que el punto de referencia es la obediencia debida a Dios y a la comunidad de creyentes, de manera que los derechos y libertades estarían subordinados a las obligaciones definidas en la ley religiosa (Cfr. BONET PÉREZ, J., Diversidad y derechos humanos en el Mediterráneo, *Derecho Internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y relaciones internacionales*, Madrid 1999, pp. 21 y ss.)

²¹ En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social de la UE sobre “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada” dice que *los derechos de los inmigrantes no pueden cuestionarse sobre la base de la diversidad cultural. El Comité rechaza por completo cualquier planteamiento que niegue derechos a los inmigrantes por causa de sus diferencias culturales. La libertad religiosa, por ejemplo, es un derecho que tienen los inmigrantes como los demás ciudadanos. Todos los derechos fundamentales de las personas, así como todos los derechos que las leyes garantizan, son también derechos de los inmigrantes, independientemente de sus rasgos culturales. Al igual que los derechos, tampoco los deberes legales pueden ser eludidos con argumentos culturales. Los inmigrantes no pueden eludir el respeto a las leyes y la aceptación de las normas de la sociedad por razones culturales* (Comité Económico y Social, DOCE nº 125 de 27 de Mayo de 2002, pp. 112 y ss.).

²² Algunos de estos problemas pueden verse en COMBALÍA SOLÍS, Z., Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa en España, *Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta sobre “Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales y canónicos”*, Pamplona 2003, pp 151-170. También en SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., Conflictos ocultos, integración y límites a la libertad religiosa, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 7, Enero 2005, www.iustel.com. Del mismo autor, *Musulmans a Catalunya. El repte de la integració i la llibertat religiosa*, Barcelona 2004. Un minucioso estudio sobre la población musulmana en la España de hoy, su distribución por el territorio y sus estructuras asociativas religiosas puede consultarse en CIÁURRIZ, Mª J., La situación jurídica de las Comunidades islámicas en España, *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, pp. 23 y ss.

Su principal efecto es la agregación a nuestro universo jurídico de un enorme contingente humano que posee un diferente concepto de democracia, de valores sociales y de religión. Personas que tienen un diverso modo de entender la libre expresión del sentimiento religioso y las relaciones del poder público con la religión, lo que genera una serie de conflictos que el Derecho debe atender en sede legislativa y judicial²³.

Desde los valores y principios informadores del Derecho Español, el punto de partida debe ser la configuración de España como Estado social de Derecho que proclama la libertad, justicia igualdad y pluralismo político como valores superiores de su Ordenamiento (art. 1 1º CE), seguida de la declaración constitucional según la cual la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social (art. 10 1º CE). Nuestra Carta Magna consagra así el principio personalista como criterio axiológico que otorga legitimidad, sentido y estructura tanto al Estado como al orden jurídico²⁴. En la articulación de los derechos y libertades de todos, habrá que tener en cuenta principios como el del respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. II-82 del Tratado por el que se establece la Constitución europea) el de igualdad y no discriminación por razón de raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE) y el de laicidad del Estado (art. 16), entendida, no al estilo francés en el que lo religioso está reducido al ámbito privado y la neutralidad estricta es el principio básico inspirador de la vida pública²⁵, sino en un sentido positivo o abierto, consistente en la promoción del derecho de libertad religiosa por parte de los poderes públicos lo que comporta la cooperación con los grupos religiosos para que el ejercicio de la libertad religiosa sea real y efectivo.

²³ Situándonos en un contexto multicultural y yendo más allá de lo meramente jurídico, la inmigración islámica nos sitúa ante el dilema de cómo actuar ante los musulmanes que vienen a residir a nuestro país ¿debemos “convertirlos” como hicieron los misioneros con los indígenas americanos e imponerles nuestros valores y forma de vida por entender que sus concepciones ideológicas, vitales y culturales son “primitivas” o “inmorales”? ¿O será mejor encontrar un punto de equilibrio que sea equidistante de algunas de sus pautas culturales contrarias a la dignidad humana y de la imposición de todas nuestras concepciones vitales?.

²⁴ Cfr. LLAMAZARES, D., *Derecho de la Libertad de conciencia, I, Libertad de conciencia y laicidad*, Madrid 1997, pp. 224-227.

²⁵ Se ha dicho que el *paroxismo de la laicidad* en Francia ha llevado a homologar los comportamientos de los ciudadanos-fieles, sometiéndoles a un único modelo, el preferido por el Estado, en el que están ausentes las expresiones externas de la fe religiosa (Cfr. BOTTA, R., *Las relaciones entre el Estado y las Confesiones minoritarias.....*, p. 68)

Desde la perspectiva de los derechos, el art. 13 CE extiende a los extranjeros el goce de las libertades públicas reconocidas en el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Por su parte, el art. 3 1º de la LO 4/2000 de 11 de Enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, afirma que *los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la CE en los términos establecidos en los TI, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles.*

El TC ha señalado que el ejercicio de los derechos inherentes a la persona que son garantía de la dignidad humana debe corresponder por igual a españoles y extranjeros por exigencias del art. 10 1º CE: *“derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica...etc, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”*²⁶.

La libertad religiosa está reconocida como derecho humano en todos los textos internacionales sobre la materia²⁷. Es considerado un derecho inherente a la persona, fundado en su dignidad y preexistente al Estado, el cual debe hacer todo lo posible por reconocerlo, respetarlo, tutelarlos y facilitar su ejercicio²⁸. Por lo tanto, será ejercida por los extranjeros en la misma medida y con los mismos límites que los nacionales, es decir en el marco previsto por la LOLR de 5 de julio de 1980. Su tutela exige garantizar la no interferencia y la libre manifestación y práctica de las propias creencias, pero dentro de los límites legales establecidos, porque resulta imprescindible señalar

²⁶ STC 107/1984 de 23 de Noviembre, F.J. 3º. En resoluciones posteriores aplica los arts. 19 y 25 también a los extranjeros residentes en España. Vid. STC 116/1993 y 242/1994.

²⁷ Art. 18 de la DUDH, Art. 9 del convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos y libertades fundamentales; art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 1 de la Declaración de NU de 25 de Noviembre de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Desde un punto de vista histórico, constituye la primera reivindicación de los derechos humanos por parte del pensamiento liberal, junto con las libertades de pensamiento y conciencia.

²⁸ La naturaleza y fundamento de la libertad religiosa es unánime en sede doctrinal. A título de ejemplo vid. MANTECÓN SANCHO, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, comentarios y bibliografía*, Pamplona 1996, pp. 79 y ss. GONZÁLEZ DEL VALLE, J. Mª, *Derecho Eclesiástico Español*, 5ª ed, Madrid 2002, pp.238-239.

claramente el marco de su ejercicio, a fin de evitar que, en aras de la máxima libertad, se produzca una trasgresión de los límites que todo derecho comporta y un grave daño para los derechos ajenos.

En este sentido, el art. 3 2º de la Ley de extranjería obliga a interpretar las normas sobre derechos fundamentales de los extranjeros de conformidad con los Textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y *prohíbe que la profesión de convicciones religiosas o culturales de signo diverso pueda servir de cobertura para realizar actos contrarios a aquellas normas.*

El compromiso de respeto a la identidad cultural de los extranjeros por parte de los poderes públicos que recogen algunas normas españolas²⁹ debe encuadrarse en el marco más amplio del respeto a los derechos fundamentales y a la interpretación que de los mismos exigen los Textos internacionales sin que, bajo el pretexto del respeto a la diversidad cultural, se puedan consentir lesiones, violaciones o interpretaciones que desvirtúen su esencia y razón de ser³⁰

Al mismo tiempo, el Ordenamiento debe ser consecuente con el reconocimiento de la libertad religiosa en condiciones paritarias y de igualdad con los nacionales y procurar su goce efectivo por los extranjeros, porque en ocasiones se defiende para los inmigrantes un derecho de segunda categoría que se acerca más a la tolerancia que al ejercicio real de las libertades públicas³¹. En palabras de MOTILLA, la sociedad debe cortar de raíz las acciones violentas o constitutivas de violación de los derechos humanos que se realicen bajo la bandera de la religión o de una cultura. Pero también

²⁹ El art. 9 4º de la Ley de extranjería dispone que los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, *con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.*

³⁰ El objeto de protección por el Estado es el ejercicio de la libertad en la igualdad sin más límites que los necesarios para preservar la integridad del Ordenamiento en un marco democrático. Y, como señala SUAREZ PERTIERRA, esta premisa debe mantenerse en la relación del propio individuo con la comunidad a la que pertenece, por lo que *las normas del grupo que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, por fuerte que sea la raíz cultural o religiosa de las mismas, no pueden ser permitidas* (“Educación en valores y multiculturalidad”, *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia 2005, p. 435). El autor continúa diciendo que ello es de aplicación a las llamadas *Leyes negras* del mundo islámico que tienen origen religioso e imponen la discriminación de género en condiciones aberrantes en materias como la indumentaria, los malos tratos, la herencia o el divorcio (Ibidem).

³¹ Buen ejemplo de ello fue el enfrentamiento vecinal que se produjo en un pueblo catalán por la construcción de una mezquita en el centro del pueblo a pesar de cumplirse todos los requisitos legales para ello (Vid. COMBALÍA SOLÍS, Z., “Inmigración y tutela de los derechos de libertad religiosa.....”, p. 163).

debe admitir la existencia de creencias divergentes de la mayoría o incluso contrapuestas a los valores sociales porque su formulación y difusión es parte de la autonomía de los grupos y Confesiones religiosas³².

Estas coordenadas constituyen el eje para abordar las cuestiones religiosas que plantea la multiculturalidad en España, teniendo presente que los inmigrantes son titulares de los derechos ínsitos a la dignidad humana, pero también que los principios constitucionales que informan el Ordenamiento jurídico se imponen a todos, sin que bajo la cobertura del ejercicio de los derechos fundamentales, como el de libertad religiosa, se puedan llevar a cabo actuaciones contrarias a Derecho o interpretaciones sesgadas de las normas que amparen situaciones intolerables en un Estado de Derecho garante de las libertades de todos³³.

3.- Diversos supuestos

3.1. Ablación

Es la denominación empleada comúnmente para referirse a la mutilación genital femenina (MGF)³⁴, es decir a la extirpación total o parcial de los órganos genitales de la mujer. Más de 135 millones de mujeres han sufrido esta práctica en el mundo y cada año están expuestas tres millones en países del África subsahariana (Somalia, Camerún, Tanzania, Mauritania, Kenia, Malí, Sierra Leona, Sudán, Yibuti, Etiopia, Gambia.....), pero también en otros como Egipto, Indonesia, Malasia, Yemen, Emiratos Árabes Unidos....

³² Cfr. Consideraciones previas, *Los musulmanes en España.....*, p. 17.

³³ El art. 9 de la ley de extranjería exige respeto a la identidad cultural, pero con dos matices importantes: en primer lugar debe armonizarse con los bienes, valores y derechos del Ordenamiento; y en segundo lugar, no puede servir para justificar actos contrarios a los derechos fundamentales (art. 3 2º). En el mismo sentido, el art. 6 de la LOLR reconoce la autonomía de las Confesiones y la posibilidad de defender sus principios religiosos mediante cláusulas de salvaguarda de su identidad, pero en el marco del respeto debido a los derechos y libertades constitucionales en especial los de *libertad, igualdad y no discriminación*.

³⁴ Los datos que se transcriben sobre el concepto, las causas y la extensión geográfica de la MGF se han extraído de la página Web de Amnistía Internacional España (www.es.amnesty.org/esp/), así como de la resolución del Parlamento Europeo de 20 de Septiembre de 2001 sobre mutilaciones genitales femeninas. Vid. también, Mutilación Genital Femenina. La ablación de un derecho humano, *El Mundo* de 19 de Febrero de 2006, pp. 32 y 33.

La MGF comprende diversos grados:

- la más suave es la clitoridectomía que consiste en la extirpación del capuchón del clítoris, acompañada de su ablación total o parcial.

- en el punto medio se sitúa la escisión, que es la extirpación del clítoris, tejidos adyacentes y los labios menores;

- por último, la más agresiva es la infibulación o circuncisión faraónica consistente en la ablación total del clítoris y labios menores, así como de parte de los labios mayores para después coser la vulva y dejar solamente una estrecha abertura vaginal.

El tipo de mutilación, la forma de practicarla y la edad a la que se practica varían según el país, la zona del mismo o el grupo étnico de que se trate, pero normalmente se lleva a cabo entre los cuatro y los ocho años y se realiza como parte de una ceremonia de iniciación. La realiza *la cortadora*, una anciana, partera o curandera, sin anestesia y con instrumental rudimentario (tijeras, cristal roto, tapa de una lata...) ³⁵.

En el momento de practicarse, la mutilación produce dolor, conmoción y hemorragia, lesión en los órganos genitales y riesgo de muerte, dadas las condiciones en las que se realiza.

A medio y largo plazo es la causa de infecciones renales, urinarias, infertilidad, trastornos menstruales, dificultad o imposibilidad para las relaciones sexuales, complicaciones durante el embarazo y el parto.

A lo que hay que añadir las secuelas psicológicas y psíquicas que comporta toda esa situación.

Las razones que explican esta conducta son culturales y consuetudinarias más que religiosas, y están relacionadas con las costumbres sobre sexualidad y reproducción:

- en algunos casos la MGF es considerada como un símbolo de limpieza e higiene, porque elimina la carne impura;

³⁵ La ceremonia se inicia con el sacrificio de una gallina, como ofrenda a las fuerzas sobrenaturales para que protejan la vida de las niñas durante la operación. Luego se las desnuda y sin anestesia, con una cuchilla de afeitar, se procede a su mutilación (Cfr. *Ommi, la mutiladora de Girona*, Crónica del Diario el Mundo de 19 de Mayo de 2002).

- en otros es un medio para realzar la feminidad y evitar que el clítoris pueda crecer como un pene dañando al varón o al bebé en el momento del parto;
- en ocasiones es un rito de iniciación que posibilita la aceptación por la comunidad y la integración en el grupo;
- en algún caso se cree que la mutilación consigue la docilidad de la mujer, mitigando su deseo sexual y reduciendo la posibilidad de infidelidad al esposo.

Estamos ante una costumbre o tradición que no está expresamente prohibida por la religión islámica, pero que tampoco tiene su origen en un mandato religioso porque el Corán no contiene ningún versículo en favor de la mutilación³⁶, pero la defensa de tales prácticas ha sido utilizada por líderes del integrismo islámico como un instrumento de lucha contra las intromisiones de Occidente en el mantenimiento de costumbres pretendidamente islámicas, por lo que la dimensión religiosa de la ablación es interesada.³⁷

La inmigración procedente de países en los que se realizan mutilaciones ha importado estas prácticas a los países occidentales y también al nuestro. Los medios han denunciado la existencia de ablaciones a menores en Cataluña, Madrid, Baleares y Aragón³⁸.

¿Qué tratamiento sociológico, político y jurídico hay que dar a la MGF?

Para responder a esta cuestión hay que partir de un hecho incontrovertible: la MGF afecta a bienes jurídicos esenciales como la integridad física y moral de la mujer, su salud física y mental y el libre desenvolvimiento de su sexualidad. Desde esta

³⁶ Su obligatoriedad religiosa se funda en algunos *hadith* o proverbios de Mahoma cuya veracidad no es unánimemente aceptada en el mundo islámico. Se dice que, preguntado por la mutilación genital femenina, Mahoma dijo *Reduce, pero no destruyas*.

³⁷ Por eso, la reciente Conferencia de Yibuti (país en el que la incidencia de las mutilaciones genitales femeninas es del 98%) de Febrero de 2005, declara que el Islam es ajeno a las MGF, que el Corán no contiene ninguna indicación sobre las mismas y que cualquier tipo de mutilación es contraria a los preceptos religiosos islámicos (Vid. en Internet, **RadicalFax # 148**, Boletín del Partido Radical Transnacional de 9 de Febrero de 2005). Las investigaciones sobre el tema llevadas a cabo en el seno de la ONU y UNICEF, revelan que, aunque un sector del mundo musulmán haya asumido esta práctica como un precepto religioso, se trata de una costumbre anterior al Islam y al Cristianismo que ya se realizaba en el Egipto de los faraones y luego se extendió a sociedades tribales de países africanos (Cfr. ROPERIO CARRASCO, J., El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina (I), *Diario La Ley* de 26 de Septiembre de 2001, nº 5383, www.laley.net).

³⁸ Vid. la Crónica del Diario El Mundo de 19 de Mayo de 2002, *Ommi la mutiladora de Girona*, en la que se narra la historia de una mujer de Malí que fue “invitada” por unas familias africanas a pasar unos días en Madrid para practicar ablaciones a cuatro niñas entre seis y diez años. Vid. también *Costumbres contra la Ley en España*, Crónica del Diario El Mundo de 10 de Marzo de 2002

perspectiva supone una violación intolerable de los derechos de las mujeres, pero especialmente de las mujeres más indefensas que son las niñas, dada la edad a la que se practica.

Por ello en el ámbito internacional la movilización para denunciar y condenar tal práctica ha sido unánime porque ninguna costumbre, tradición o religión puede justificar una lesión de derechos fundamentales³⁹. Como ejemplo citar que :

- la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para abolir las prácticas tradicionales que puedan perjudicar la salud de los niños (art. 24 3°).

- la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de Septiembre de 2001 sobre la mutilaciones genitales femeninas propone su tipificación como delito y el castigo a quien ayude, incite, aconseje o procure apoyo para realizar cualquier acto de mutilación sobre el cuerpo de una mujer, joven o niña (Ap. 11).

El Derecho Español, siguiendo los criterios de la Resolución europea, tipifica la MG expresamente como delito en el art. 149 2º del CP (modificado por LO 11/2003 de 29 de Septiembre) que castiga con prisión de seis a doce años al que causase a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Si la víctima es menor o incapaz, será aplicable la pena de 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 al interés del menor o incapaz⁴⁰. El fundamento de la norma es lo dispuesto en el art. 3 de la LO 4/2000 de extranjería: la profesión de creencias religiosas o culturales de diverso signo no puede justificar la realización de conductas o actos contrarios a los derechos humanos.

³⁹ Vid. al respecto ROSSELL, J., la mutilación genital femenina, *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid 2004, pp. 233-38. Algunos países, como Canadá, Estados Unidos o Suecia, han concedido el estatuto de refugiadas a mujeres que corrían el riesgo de ser sometidas a la MGF si volvían a su país, siguiendo así las directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados (ACNUR) que admite la calificación de la MGF como una forma de persecución porque, además de generar daños físicos permanentes, constituye una violación de derechos (www.es.amnesty.org/temas/mujeres/mgf/asilo.shtm, consultada el 1 de mayo de 2005).

⁴⁰ Antes de la modificación operada por la LO 11/2003, las conductas de MGF podían subsumirse en el tipo básico de las lesiones recogido en el art. 147 1º del CP o, según la mayor parte de la doctrina, en el tipo cualificado del art. 149 1º que aumenta la pena si la lesión produce la pérdida o la inutilidad de un miembro u órgano principal (Vid. ROPERÓ CARRASCO, J., La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Bilbao 2003, pp. 363-364).

Como en todos los delitos de lesiones, hay que dilucidar qué papel tiene el consentimiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal.

La mutilación se suele practicar sobre menores de edad que no tienen autonomía ni capacidad de decisión, lo que implica que son los terceros los que deciden por ellas. Pues bien, tanto el consentimiento de la menor como el de los titulares de la patria potestad es absolutamente irrelevante para eximir de responsabilidad penal en este supuesto.

Si lo emite la menor no es válido ni siquiera para atenuar la pena por expresa disposición del art. 155 del CP.

Si lo emiten sus padres o guardadores, no están legitimados ni por el derecho a educar a sus hijos en sus propias convicciones religiosas ni por las funciones propias de la patria potestad porque perjudican bienes jurídicos ajenos como la integridad física y la salud de la niña y porque actúan en contra de su supremo interés, lo que determina no sólo la ineficacia de su consentimiento, sino su represión penal a través de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad⁴¹.

Pero ¿qué ocurre si solicita la ablación una mujer adulta y capaz? el Prof. PAREKH cuenta que después de pronunciar una conferencia contra la MGF, se le acercó una joven universitaria africana de 26 años que le confesó que quería someterse voluntariamente a una clitoridectomía por fidelidad a su cultura de origen.

En este caso se plantea si el consentimiento de la víctima excluye la responsabilidad penal, como ocurre en los casos de operaciones de cirugía estética por ejemplo. La doctrina más autorizada concluye que la petición de la interesada o su autorización para que se le practique la mutilación no excluye la tipicidad del hecho y sólo se produce la atenuación de la pena en uno o dos grados (art. 155 CP), porque el consentimiento deja subsistente el delito cuando:

- la lesión no tiene fin curativo,

⁴¹ El consentimiento paterno y demás actuaciones dirigidas a realizar la ablación por un tercero (contactar con la persona, pagarla, desplazar a la niña a otro país) serían actos constitutivos de provocación, conspiración o proposición para cometer delitos de lesiones sancionados por los arts. 17 y 151 del CP.

- y altera de manera grave y permanente la salud personal, en el sentido de ocasionar los resultados previstos en los arts. 149 y 150 del CP: pérdida o inutilidad de órganos, miembros o sentidos, impotencia, esterilidad, deformidades o graves enfermedades somáticas o psíquicas⁴².

Para hacer efectiva la eficacia de la actuación penal en la prevención y erradicación de la MGF en los casos en que se realizaba fuera del territorio español, en una *escapada o unas vacaciones de los padres con su hija* al país de origen⁴³, el Ordenamiento español, siguiendo la recomendación de las instancias europeas que propugnaban la persecución extraterritorial del delito⁴⁴, ha extendido a la MGF el principio de universalidad o de justicia mundial, previsto para algunos delitos como el de genocidio, terrorismo o tráfico de drogas en el art. 23 4º de la LOPJ.⁴⁵ A partir de una LO de Julio de 2005 que modifica el art. 23 4º de la LOPJ, la jurisdicción española es competente para conocer de los delitos relativos a la mutilación genital femenina sea cual sea el lugar de su comisión y la nacionalidad de los responsables, siempre que éstos se encuentren en España, por afectar a bienes (los derechos humanos y la integridad de las personas) que pertenecen a toda la comunidad y están por encima de intereses estatales.

Dando un paso más, podemos plantearnos si la intervención del Derecho Penal es adecuada para luchar contra la mutilación genital femenina.

Algunos califican de contraproducente e ineficaz el recurso a la sanción penal porque implica un modelo de exclusión y una dificultad importante para un proyecto intercultural y, especialmente, porque lleva a la clandestinización de esas prácticas, a la aparición del síndrome de resistencia y a la victimización del grupo frente a la

⁴² Cfr. PEÑARANDA RAMOS, E., Lesiones (I), *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial* (coord. M. BAJO), Madrid 2003, p. 369.

⁴³ En el orden penal, corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español (art. 23 1º LOPJ). Sobre las dificultades para perseguir el delito vid. ROPERO CARRASCO, J., El Derecho Penal ante la mutilación genital femenina (II), *Diario la Ley*, 2 de Abril de 2001, nº 5280, www.laley.net.

⁴⁴ Apartado 11 de la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de Septiembre de 2001 sobre la mutilación genital femenina. Dicho principio significa que los tribunales españoles son competentes para perseguir el delito con independencia de la nacionalidad del delincuente y del territorio en el que se cometa.

⁴⁵ LO 3/2005 de 8 de Julio por la que se modifica el art. 23 4º de la LOPJ. La norma incluye entre los delitos perseguibles extraterritorialmente el genocidio, el terrorismo, la piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, la falsificación de moneda extranjera, la prostitución y corrupción de menores o incapaces, y el tráfico de drogas.

mayoría⁴⁶. Además se dice que la incriminación a los padres como promotores de la mutilación puede generar una mayor desprotección en las menores y provocar graves obstáculos para su integración social. A partir de estos argumentos, se aboga por un diálogo intercultural abierto que comprenda las razones profundas de este tipo de prácticas y se sostiene que podría admitirse por razones culturales o religiosas una circuncisión simbólica, de escaso riesgo para la salud, realizada en instalaciones sanitarias oficiales⁴⁷.

Aun considerando que el objetivo último de esta posición es loable porque pretende evitar los daños concretos que acarrea hoy la MGF, tiene el riesgo serio de provocar su legitimación mediante una minimización de sus daños, cuando de lo que se trata es de erradicarla por completo por ser contraria a la dignidad que la mujer merece en cuanto persona⁴⁸. Desde este punto de vista, la intervención del Derecho Penal en la lucha contra la ablación está justificada plenamente porque la mutilación genital femenina es un ejercicio de violencia contra las mujeres constitutiva de trato inhumano y constituye un grave atentado a bienes jurídicos fundamentales como la integridad física, la salud, la sexualidad y el bienestar físico y psíquico de la mujer, bienes universales que pertenecen a toda persona y que no pueden verse amparados en nombre de una cultura, costumbre o creencia porque están por encima de intereses culturales o estatales; todo lo que justifica su protección a través del Derecho sancionador por excelencia que es el Derecho Penal.

Pero también es verdad que el recurso a la sanción penal por sí solo resulta claramente insuficiente para prevenir y erradicar la MGF. Doctrinalmente se ha propuesto abordar la ablación en un marco de protección integral de los niños a través de una serie de medidas jurídicas que les defiendan frente a todos los comportamientos

⁴⁶ Cfr. DE LUCAS, J., La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos, *Derecho y Sociedad*, Valencia 1998, p. 45.

⁴⁷ Tal es la opinión de J.H.CARENS, *Culture, Citizenship, and Community. A contextual Exploration of Justice as Evenhandedness*, citado por SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, A., *Musulmans a Catalunya....*, pp. 41-42.

⁴⁸ Según el TC, la dignidad personal, entendida como el derecho de toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, es un criterio de interpretación de cualquier norma jurídica y constituye un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no pueden conllevar un menoscabo para la estima que merece la persona en cuanto ser humano (st. de 27 de Octubre de 2003, F.J. 5°).

atentatorios de sus derechos básicos tales como la mendicidad, el trabajo infantil, la violencia doméstica, la pornografía...etc⁴⁹.

Por otra parte, desde instancias europeas, se insta a los Estados miembros a poner en marcha varios tipos de medidas⁵⁰:

En primer lugar, políticas preventivas de acción social, por medio de programas públicos y servicios sociales dirigidos a la formación, educación y concienciación de las comunidades de riesgo y a la asistencia a las víctimas de estas prácticas.

En segundo lugar, difusión de una información precisa y comprensible, a través de consulados y servicios de inmigración, de la prohibición de las MGF en los países de acogida y de que el objeto de la prohibición no es agredir la cultura propia sino la protección a las niñas y las mujeres.

En tercer lugar, elaboración de guías y directrices para los profesionales de la salud, educadores y asistentes sociales con el fin de informar e instruir a las familias de los riesgos de las MGF y de su consideración delictiva.

Por último, organización de cursos de información sexual para colegios y grupos pertinentes en los que se informe de las consecuencias de esas prácticas⁵¹.

Como medidas de tipo preventivo cuando existen fundadas sospechas de que la niña puede ser objeto de MG, podría utilizarse la situación de riesgo que regula la LOPM, cuya declaración permitiría un control de la situación por los servicios de asistencia social y evitaría el efecto pernicioso de separar a la niña de su familia. Podría también acudir al juez para que adoptase medidas cautelares, por ejemplo impedir el

⁴⁹ Cfr. ROPERO CARRASCO, J., La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas..., pp. 359-365.

⁵⁰ Ap. 11 de la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de Septiembre de 2001 sobre mutilaciones genitales femeninas.

⁵¹ También el Congreso de los Diputados ha propuesto el desarrollo de programas sanitarios, sociales y educativos destinados a prevenir la MGF entre la población de riesgo y la dotación a distintos colectivos de profesionales de los protocolos de acción necesarios para prevenir y tratar estas prácticas (Vid. Proposición no de Ley de 19 de Junio de 2001 sobre medidas para la erradicación de la práctica de la mutilación genital femenina, BOCG nº D-205 de 26 de Junio de 2001).

traslado de la menor fuera del territorio español o someterla a reconocimiento ginecológico cada cierto tiempo⁵².

3.2. Circuncisión

Consiste en la escisión del prepucio, es decir en su extirpación total o parcial⁵³. Es una intervención practicada desde tiempos remotos por algunos pueblos africanos, por los judíos y por los musulmanes.

Son diversas las causas que explican esta práctica:

- en algunas razas parece ser un signo de iniciación, análogo al tatuaje, que consagra el acceso de una nueva generación al rango de hombres;
- se concibe también como un signo de virilidad y como un medio de acrecentar el placer sexual.
- puede obedecer también a razones médicas, de tipo terapéutico o profiláctico, como tratamiento indicado para curar algunas enfermedades (fimosis), o para prevenir infecciones del tracto urinario.

Para los judíos es un rito religioso que simboliza la alianza de Yahvé con Abraham y su descendencia (Génesis 17)⁵⁴, por eso es un deber de los hebreos circuncidar a todos los varones, lo que tiene lugar a través de un acto ceremonial que se realiza entre el sexto y el octavo día del nacimiento por el *mohel*, persona autorizada que ha recibido la instrucción adecuada, mientras el niño es sostenido por el padrino que tradicionalmente suele ser el abuelo.

⁵² En este sentido, un Auto del Juzgado nº 1 de Sant Feliu de Guixols (Gerona), retiró el pasaporte a tres niñas gambianas cuyas hermanas mayores habían sufrido la ablación, para evitar que con ellas ocurriera lo mismo, a la vez que obligaba a sus padres a someterlas a reconocimiento ginecológico cada seis meses (citado por BONET NAVARRO, J., y LANDETE CASAS, J., Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 9, Octubre 2005, p. 8, www.iustel.com).

⁵³ Los datos sobre la circuncisión se han extraído de la *Enciclopedia Larousse* y del profuso trabajo de la prof. FELIX BALLESTA, M^a A., El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las Confesiones religiosas minoritarias, *ADEE*, XVI, 2000, pp. 189-192.

⁵⁴ La circuncisión diferenciaba físicamente a los judíos de los griegos y romanos que consideraban esta práctica como cruenta, arcaica, bárbara y de mal gusto (Cfr. FÉLIX BALLESTA, M^a A., El régimen jurídico acordado en España sobre las peculiaridades....., p. 191).

Entre los musulmanes es una costumbre inmemorial, observada en todo el mundo islámico, pero no está recogida en el Corán, sino que procede de ritos preislámicos y quizás por eso no tiene tanta significación religiosa como en el mundo judío. Se lleva a cabo a una edad variable, entre los tres y los siete años, aunque no suele realizarse antes de esta última edad y tiene un sentido ritual y ceremonial.

La circuncisión ritual puede ser calificada jurídicamente como una manifestación del derecho a practicar la religión o creencias⁵⁵, lo que plantea el problema de su compatibilidad con el orden público como límite al derecho de libertad religiosa, sobre todo si se tiene en cuenta que se ejerce sobre menores no competentes para por sí mismos un consentimiento válido, que ven alterada su anatomía con la posible afectación de su salud.

La circuncisión es una intervención sobre el cuerpo que produce modificaciones irreversibles o permanentes, pero

- se considera una intervención de bajo riesgo desde el punto de vista médico
- los efectos que produce no son lesivos o dañosos para la salud pues no altera la funcionalidad sexual o reproductiva del hombre e incluso desde determinados sectores médicos se defiende su realización a neonatos por motivos profilácticos⁵⁶, o bien por razones higiénicas en algunos ambientes⁵⁷.

Es decir que desde el punto de vista de sus efectos, no es una práctica que atente contra el orden público, sobrepasando los límites de la libertad religiosa o de creencias. Ahora bien, la operación se lleva a cabo sobre infantes, es decir menores que no tienen una mínima capacidad de discernimiento, cuyos padres toman la decisión de que se actúe sobre su cuerpo, lo que plantea el problema de la posible usurpación de derechos

⁵⁵ El Comentario Oficial sobre el art. 18 del PIDCP de 30 de Julio de 1993 señala que la observancia y la práctica de la religión o creencias incluye, no sólo actos ceremoniales, sino costumbres tales como la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida

⁵⁶ Según el Comité Nacional italiano de Bioética, el debate sobre la utilidad profiláctica de la circuncisión masculina está abierto, de manera que no hay razones de peso que justifiquen su práctica generalizada, pero tampoco está desaconsejada médicamente, debiéndose estar a la buena práctica médica valorada en el caso concreto (Documento de 25 de Septiembre de 1998 sobre La circuncisión: aspectos bioéticos, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1999/2, p. 527).

⁵⁷ Durante la II Guerra Mundial fue una operación generalizada entre los soldados americanos del frente del Pacífico donde las condiciones climáticas impedían garantizar una higiene adecuada. En la década de los setenta, la práctica se generaliza en los Estados Unidos.

personalísimos como el de la integridad física, de los que sólo su titular, es decir, el menor, podría disponer.

RIVERO HERNÁNDEZ entiende que los padres no están legitimados para tomar la decisión de circuncidar a sus hijos y si lo hacen, realizan un acto ilícito o prohibido por el Derecho porque no pueden representar al menor si se trata de sus derechos personalísimos, y por lo tanto no pueden sustituirle en el ejercicio de sus opciones religiosas, debiendo adoptar una actitud inactiva o neutral, dejando en suspenso cualquier decisión en la materia hasta que el menor pueda hacerlo por sí mismo⁵⁸.

Sin embargo, esta interpretación se contradice con el derecho de los padres a educar al hijo en la práctica de la religión acorde con sus convicciones, siempre que no perjudique su salud física o mental ni su desarrollo integral (art. 5 de la Declaración de NU de 25 de Noviembre de 1981 sobre eliminación de las formas de intolerancia y discriminación en materia religiosa). La neutralidad religiosa es un deber del Estado, pero no de los padres, que están legitimados para inculcar al hijo sus convicciones religiosas y para iniciarle y formarle en sus ritos, ceremonias y prácticas en el marco previsto por el Ordenamiento.

Por lo tanto, los padres están legitimados para decidir porque están amparados por un derecho propio, no de su hijo (el de educarle conforme a sus propias convicciones art. 27 3º CE y art. 2 1º LOLR). En el ejercicio de este derecho no pueden sobrepasar los límites establecidos por el Ordenamiento (derechos de los demás y orden público). Pues bien, si se considera que la circuncisión no sólo no altera, sino que puede ser beneficiosa para la salud, la decisión familiar de realizarla no es atentatoria de los derechos del menor y no perjudica su supremo interés⁵⁹, por lo que no sobrepasa las limitaciones previstas para el ejercicio del derecho de los padres.

⁵⁸ Cfr. Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos.....pp. 268-69.

⁵⁹ En esta línea, los tribunales españoles han desestimado una denuncia planteada por el padre de un niño de seis años circuncidado por la sola voluntad de su madre musulmana, que detentaba su custodia (Vid. BONET NAVARRO, J., y LANDETE CASAS, J., Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público....., p.9).

Admitida la licitud de esta práctica religiosa, se plantea a quién corresponde realizarla. En la medida en que es un acto que produce modificaciones en el organismo humano, la regla general es que debe ser practicada por los profesionales de la medicina, sea cual sea su motivación, profiláctica, terapéutica o ritual, y sea cual sea la edad a la que se realice⁶⁰. Pero si se interviene sobre neonatos, algunos defienden que, dada la sencillez y simpleza del acto, es posible que la realice un ministro religioso que tenga reconocida competencia en una práctica de esa naturaleza, aunque no sea profesional de la medicina, siempre con escrupulosa observancia de las normas de higiene y asepsia y con un seguimiento médico posterior a su realización⁶¹.

Una última cuestión es la posible financiación de la circuncisión religiosa por la sanidad pública. La libertad religiosa no está configurada como un derecho prestacional, pero la función promocional que corresponde a los poderes públicos por mandato expreso de la CE (art. 9 2º) justificaría la asunción por el Estado de una prestación de tal naturaleza, aunque, a nuestro juicio, ello debería ser el resultado del acuerdo de voluntades Estado/Confesión y reflejarse en un instrumento bilateral.

3.3. Otros

En algunas zonas de España se han dado algunos casos puntuales que afectan de manera indirecta a la salud y a derechos como la intimidad o la integridad física. Nos vamos a referir a los criterios que deben presidir la actuación médica en dos casos: el rechazo a profesionales médicos masculinos por parte de algunas mujeres islámicas. Y la solicitud de certificados de virginidad de niñas islámicas por parte de sus familias.

El primer supuesto debe conectarse con el deber de la mujer musulmana de vestir con decoro y de conducirse en público con discreción y recato en sus movimientos. Por mandato religioso la mujer islámica no puede mostrar su físico a los

⁶⁰ En un sentido amplio, se entiende por tratamiento médico aquella modificación del organismo ajeno, realizada según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o su belleza. Debe estar prescrito por profesionales, que deben actuar conforme a la *lex artis*, es decir, a los postulados del correspondiente código deontológico (Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P., *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia 2002, pp. 53-54).

⁶¹ A tales conclusiones llega el Comité italiano de Bioética en su Documento sobre “La circuncisión: aspectos bioéticos” de 27 de Septiembre de 1998.

varones no pertenecientes a su familia, de manera que sólo puede mostrar su belleza física en el ámbito familiar⁶².

Pero, sea cual sea su motivación, la negativa a ser examinadas por personal sanitario masculino tiene fácil solución porque la legislación sanitaria tanto general como autonómica reconoce el derecho a la libre elección del médico, tanto de medicina general como de atención especializada⁶³. Si el usuario es menor, dicha elección corresponde a sus representantes legales, salvo que las condiciones de madurez del menor le permitan decidir por sí mismo (art. 3 RD 1575/1993). La elección del médico se puede ejercitar en cualquier momento y sin necesidad de causa, siendo posible incluso solicitar previamente una entrevista con el facultativo (art. 5 RD 1575/1993).

Entendemos que, a medio y largo plazo, la solución de estos supuestos pasa por una adecuada política educativo-sanitaria dirigida a los colectivos islámicos y por programas específicos de formación e información a nivel escolar y social. Mientras tanto, el único consejo posible es paciencia y flexibilidad por parte de profesionales de la salud, directores médicos, gerentes y personal administrativo de los centros sanitarios porque lo importante es atender a la salud de los ciudadanos, mediante la garantía adecuada de su asistencia sanitaria, en lugar de a una aplicación rígida de políticas administrativas.

Respecto a la petición de certificados de virginidad de algunas niñas por parte de sus padres, se han denunciado casos en Andalucía y Cataluña.

⁶² Cfr., RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam en España”, *Ius Canonicum*, XLIII, nº 86, 2003, p. 526. La autora cita, al respecto, dos textos coránicos:

Di a los creyentes que bajen sus ojos, oculten sus partes y no muestren sus adornos más que en lo que se ve....No muestren sus adornos más que a sus esposos, o a sus hijos o a los hijos de sus esposos, o a sus hermanas.....que las mujeres no meneen sus pies de manera que enseñen lo que, entre sus adornos, ocultan (Corán 24,31).

No hay falta para ellas si las ven sus padres, sus hijos, los hijos de sus hermanas, los hijos de sus hermanas, sus mujeres y los que poseen sus diestras (Corán 33, 35).

⁶³ Vid. art. 10 13º de la Ley 14/1986 de 25 de Abril, General de Sanidad, desarrollado por el RD 1575/1993 de 10 de Septiembre sobre libre elección de médico en los servicios de atención primaria y por el RD 8/1996 de 15 de enero sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada. La descentralización de la asistencia sanitaria y su atribución a las CC.AA. ha mantenido inalterados estos derechos, que, por otra parte, son regulados de manera específica por algunas disposiciones autonómicas. La más reciente es el Decreto extremeño 15/2006 de 24 de Enero por el que se regula la libre elección de médico, servicio y centro en Atención Primaria de Salud del Sistema Sanitario Público de Extremadura (DOE de 31 de Enero de 2006).

Para ofrecer una respuesta adecuada ante estas peticiones, deben tenerse en cuenta una serie de datos:

- en primer lugar, en la medida en que exige un examen físico de la niña, la petición afecta a la integridad física de las menores que es un derecho personalísimo del que sólo puede disponer su titular.

- en segundo lugar, se ve afectado también su derecho a la intimidad que comporta el respeto al carácter confidencial de los datos referentes a su salud, sin que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley (art. 7 Ley 41/2002).

- si su presumible objeto es justificar ante un tercero la pureza de la niña a efectos de un posible matrimonio, se ve afectado su derecho a la integridad moral, que la protege frente a tratos vejatorios o humillantes y su dignidad como mujer.

A partir de aquí, podemos preguntarnos cuál debe ser la conducta del facultativo que se encuentra con una solicitud de esta naturaleza.

- entendemos que si tal petición no obedece a un fin puramente médico, es decir no está respaldada por un fin preventivo o curativo, el médico no tiene obligación legal de atenderla porque es ajena a las intervenciones legales en el ámbito de la sanidad que comprenden todas aquellas actuaciones realizadas con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación (art. 3 Ley 41/2002 de autonomía del paciente).

- si la petición la realizan los padres y no tiene una finalidad beneficiosa para la salud de la menor, su conducta es ilícita y no está amparada por el oficio paterno, por las funciones inherentes a la patria potestad, porque estas deben ejercerse siempre atendiendo al supremo interés del menor y con respeto a su dignidad personal (art. 9 5º Ley 41 /2002), y no se alcanza a ver qué beneficio puede reportarle a la menor la acreditación de su virginidad.

- si es la propia menor la que solicita un documento de tal naturaleza, el médico debe comprobar que es mayor de dieciséis años, en cuyo caso no es posible que los padres actúen en su nombre y debe hacerlo por sí misma (art. 9 3º de la Ley 41/2002), o que tiene capacidad natural para realizar una petición de tal calibre, es decir que la misma es fruto de una decisión madura, libre y autónoma, lo que probablemente sea

difícil de determinar si acude a la consulta con sus padres⁶⁴, Comprobados tales extremos, deberá darle una adecuada información sobre el tipo de solicitud que está realizando⁶⁵, y, si decide expedir el certificado, deberá entregárselo exclusivamente a la propia interesada y no a ningún miembro de su familia pues la información sobre el estado físico o la salud personal sólo puede darse al titular del derecho que es el propio paciente y sólo con su permiso expreso o tácito se puede informar a sus familiares (art. 5 de la Ley 41/2002)⁶⁶.

⁶⁴ Recordemos que la determinación del grado de capacidad del paciente para entender la información, por su estado físico o psíquico se deja a criterio del médico que le asiste, según se desprende del art. 5 3º de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente.

⁶⁵ Los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre su salud con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la misma (art. 4 Ley 41/2002).

⁶⁶ En el año 2001 el Colegio de Médicos de Barcelona explicaba a los facultativos, mediante un documento interno, la inexistencia de un deber de expedir dichos certificados, la discrecionalidad del médico para hacerlo si la mujer acudía sola a consulta, de manera libre y no coaccionada, y la obligación de entregar el certificado a la propia interesada (Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el Ordenamiento Español, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid 2002, pp. 47-48).