

LAS CIRCUNCISIONES RITUALES DE MENORES:
¿ACTO CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA?
PERSPECTIVAS CIVIL Y PENAL *

AGUSTÍN MOTILLA
Universidad Carlos III

Resumen: De un tiempo a esta parte se ha puesto en cuestión un acto ritual milenario en religiones tan extendidas como el Judaísmo o el Islam: la circuncisión de infantes. La mayor sensibilidad que hoy existe hacia los derechos humanos de los que el menor es titular y el respeto a la autonomía de la voluntad, han abierto un debate tan interesante como controvertido. El estudio analiza la circuncisión de menores desde dos puntos de vista: desde la perspectiva de los límites de la patria potestad de actuar en beneficio de los hijos y de respetar sus derechos de la personalidad; y desde la posible responsabilidad penal, considerando la circuncisión como un delito de mutilación genital o de lesiones comunes. El estudio de la legislación y la jurisprudencia española es el punto de partida de las propuestas, *de iure condendo*, sobre posibles modificaciones del ordenamiento en aras de intensificar la protección de los menores.

Palabras claves: circuncisión, menor, derecho a la integridad, mutilación genital, patria potestad.

Abstract: There is an increasing discussion about circumcision of minors as a ritual act of extended religions as Judaism or Islamism. The questions arise on issues as the respect of this religious act with minors' fundamental rights –with especial reference regarding the right to physical integrity– and theirs autonomous will. The paper focuses on two aspects of the circumcision problem: the limits to parental or tutorial guardianship and the criminal offences related to circumcisions. Spanish Law is the starting point to propose further changes in order to reinforce the protection of minors in Spain.

* El presente estudio se enmarca en el proyecto de investigación «El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para la fundamentación, caracterización y aplicación», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2014-52811-P).

Keywords: circumcision, minor, right to physical integrity, sexual mutilation, parental guardianship.

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 La Sentencia del Tribunal de Colonia de 2012. 1.2 La circuncisión en las resoluciones del Consejo de Europa. 1.3 Planteamiento general del estudio. 2. Patria potestad y derechos inherentes a la minoría de edad; el interés superior del menor. 2.1 Los derechos en conflicto; la concepción actual de la patria potestad. 2.2 Límites a la patria potestad: los derechos de la personalidad. 2.3 El consentimiento del menor a las intervenciones quirúrgicas. 2.4 Circuncisión y beneficio del menor; ¿acto comprendido en la patria potestad? 3. Responsabilidad criminal en actos de circuncisión por motivos religiosos. 3.1 La equiparación penal a la mutilación genital femenina. 3.2 La circuncisión en la jurisprudencia penal. 3.3 La aplicación de eximentes o atenuantes a la conducta punible. 4. Consideraciones finales; aportaciones *de iure condendo*.

1. INTRODUCCIÓN

La circuncisión¹ de menores de edad por motivos no terapéuticos² se ha convertido en objeto de polémica social, que ha trascendido, como no podría ser de otra forma, al mundo del Derecho. La doctrina científica y la jurisprudencia de los tribunales se plantean si esta práctica, inmemorial en determinadas culturas y tradiciones, atenta contra los derechos de los menores no emancipados, singularmente, a la integridad física y a la libertad ideológica y religiosa.

En los regímenes democrático-pluralistas los derechos y libertades fundamentales de los individuos se convierten en piedra angular del orden político y social. Asimismo, la protección y el bienestar de los menores constituyen una obligación constitucional de los poderes públicos. La reflexión y la profundización doctrinal y jurisprudencial en los derechos de las personas bajo la patria potestad o la tutela ha puesto en cuestión un acto ritual milenario en determinadas culturas.

¹ «Circuncisión», palabra que etimológicamente procede del latín *circum* –alrededor– y *caedere* –cortar o cercenar–, puede ser definida como la «intervención de cirugía ambulatoria consistente en la exéresis de la porción distal del prepucio o piel que recubre el glande» (así se define, aludiendo al informe pericial médico, en el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón n.º 355/2006, de 21 de septiembre).

² Por motivos terapéuticos se aconseja en los casos de fimosis o parafimosis –entre otras causas–.

En el presente trabajo se circunscribe el ámbito de estudio al significado que tiene la circuncisión de menores para dos tradiciones religiosas: el judaísmo y el islamismo. Especialmente para la religión del pueblo hebreo, donde, como veremos a continuación, tal acto constituye una prescripción religiosa central en la pertenencia al pueblo escogido por Yahvé.

El Antiguo Testamento³ ordena que al octavo día del nacimiento todo niño sea circuncidado ritualmente: utilizando un cuchillo afilado, un escudo de protección y un objeto para contener el prepucio. La ceremonia, denominada *berit milá*, es practicada por el *mohel* o especialista religioso adscrito a la sinagoga, mientras el niño es sostenido por el padrino en sus rodillas⁴. Tras lo cual recibe el nombre judío. Lo descrito refleja la importancia del acto prescrito por la ley mosaica para los hebreos: es símbolo de la alianza entre Dios y el pueblo elegido, así como signo identificativo de la pertenencia a la fe de Israel, de tal manera que separa a los creyentes de los gentiles o no-circuncisos.

En el Islam⁵ la circuncisión de menores es más una tradición de origen árabe y pre-islámica que una exigencia religiosa. No aparece mencionada en El Corán aunque, eso sí, es recomendada en algún *haddí* del Profeta como acto de purificación⁶. De ahí que las escuelas islámicas se dividan entre las que la consideran obligada⁷ o sólo recomendable. Sea como fuere, la circuncisión es una práctica muy extendida en el Islam. No hay una edad determinada en que se

³ Génesis, 17, 9-14; Levítico, 12, 3.

⁴ Vid. la detallada exposición que se realiza en FELIX BALLESTA, M. A., «El régimen acordado en España sobre las peculiaridades culturales de las religiones minoritarias», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVI (2000), pp. 189-192.

En algunos grupos ultraortodoxos judíos el *mohel*, tras circuncidar al niño, succiona la sangre del bebé con sus labios. Vid., a este respecto, con una valoración de las consecuencias jurídico-penales que tal acto ha suscitado en los Estados Unidos, DE LORA, P., «Cirugía de menores: el caso de la circuncisión masculina», *Derecho y Salud: publicación de la Asociación de Juristas de la Salud*, 25, 2 (2015), pp. 73 y ss.

⁵ Vid., entre otros, LÓPEZ SIDRO, A., «Circuncisión y libertad religiosa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 2012», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 30 (2012), pp. 1 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos Ritos, Nuevos Conflictos: la Circuncisión Masculina. Estado de la Cuestión», en *Delitos de las minorías en países multiculturales: estudios jurídicos y criminológicos comparados* (coord. L. Roca Agapito-M. M. González Tascón-J. Bernal del Castillo), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014, pp. 160 y ss.

⁶ Así, Alshboul, tras realizar un panegírico de los beneficios terapéuticos de la circuncisión, nos informa de que el incircunciso está incapacitado para dirigir la oración porque «puede retener las gotas de orina y esto rompe la ablución». ALSHBOUL, A., «La cultura del cuerpo en el Islam (nacimiento y muerte del cuerpo y la circuncisión)», *Nómadas: revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, n.º 34 (2012), p. 13.

⁷ En el *sunnismo*, la *hanbali* y la *shafii*; y los musulmanes *chiítas*.

lleve a cabo. Suele realizarse desde el nacimiento del niño hasta los siete u ocho años, siempre antes de la pubertad.

Esta práctica milenaria en dos de las más extendidas y antiguas tradiciones religiosas ha sido juzgada por algunos de brutal y despiadada⁸. Las dudas sobre la compatibilidad de la circuncisión con el principio, afirmado en los textos internacionales sobre derechos humanos y asumido por las legislaciones de los Estados democrático-pluralistas, de la salvaguarda del beneficio y el interés del menor, que debe prevalecer frente a las facultades inherentes a la patria potestad, ha sido puesta en evidencia a raíz de una decisión judicial en Alemania, y una Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Ambos actos con trascendencia jurídica han abierto un debate tan interesante –por poner en evidencia la confrontación entre los derechos inherentes a la minoría de edad y los de los padres o tutores a la libertad ideológica y religiosa– como controvertido.

1.1 La Sentencia del Tribunal de Colonia de 2012

La Sentencia del Tribunal Regional de Colonia de 7 de mayo de 2012⁹ se pronunció, en apelación, sobre la posible actuación delictiva de un médico que, con la autorización expresa de los padres, practicó una circuncisión

⁸ Sirva de ejemplo el texto que se reproduce a continuación: «Every year, in hospitals across the United States, hundreds of thousands of newborn boys are strapped naked to a board and assaulted in their genitals by ritually practitioners known as physicians. Although the operation is painful, it is performed without anesthetic; the baby's cries are interpreted as signs of healthy lungs, and his subsequent traumatized sleep explained as proof that the operation caused no discomfort. Memories of the pain may impair his intellectual or emotional development. And the procedure, although safe as surgeries go, is not risk-free. Boys experience hemorrhage, infection, and ulceration; the urethral opening narrows due to scarring; and the penis may be bent, deformed, split, perforated, amputated, or burned off. Even if the operation goes well, the boy ends up with genitals that are structurally altered. Viewed from the perspective of normal human anatomy, he has been mutilated». MILLER, G. P., «Circumcision: Cultural Legal Analysis», *Virginia Journal of Social Policy & The Law*, vol. 9 (2002), pp. 497-585 [cit., en BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «La circuncisión y el mejor interés del menor. Libertad religiosa y tradición», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 42 (2016), p. 3].

⁹ Para una exposición, con valoraciones críticas, del supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal de Colonia, así como su fundamentación jurídica, *vid.*, entre otros, BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «La circuncisión...», *cit.*, pp. 11 y ss.; DE LORA P., «Cirugía...», *cit.*, pp. 67 y ss.; LAGE, F., «Polémica actual en torno a la circuncisión», *Moralia: revista de ciencias morales*, vol. 35, n.º 136 (2012), pp. 436 y ss.; LÓPEZ SIDRO, A., «Circuncisión...», *cit.*, pp. 3 y ss.; ROBBERS, G., «Recent Legal Development in Germany: Infant Circumcision and Church Tax», *Ecclesiastical Law Journal*, 15 (2013), pp. 69-70; SILVA SÁNCHEZ, J., «Circuncisión infantil», *InDret Penal*, 1 (2013), pp. 3 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M. E. «Viejos Ritos...», *cit.*, pp. 155 y ss.

no terapéutica a un niño de cuatro años cuyos progenitores, musulmanes, deseaban cumplir con lo que entendían era un precepto de su religión. A pesar de que el médico, como quedó probado, obró en todo conforme a la *lex artis* –efectuando la intervención bajo condiciones adecuadas, con el instrumental prescrito y habiendo anestesiado localmente al menor–, la operación se complicó posteriormente: el niño tuvo que ser ingresado a los dos días en urgencias de un hospital por el sangrado de la herida. El Fiscal acusó al médico de un delito contra la salud de las personas y de maltrato físico. La sentencia absolutoria de la primera instancia fue anulada en la apelación.

El Tribunal Regional, haciéndose eco de lo defendido por parte de un sector de la doctrina alemana, que considera la circuncisión cultural como constitutiva de un delito de lesiones, no justificada por motivos religiosos, ni por las facultades inherentes a la patria potestad ya que no beneficia al menor¹⁰, califica la circuncisión no terapéutica como contraria al interés del menor y, por tanto, al ordenamiento jurídico alemán. Los derechos inherentes a la patria potestad se ejercen en beneficio del niño: nunca pueden prevalecer sobre los derechos del menor, ni siquiera cuando se pretenden justificar en el derecho de libertad religiosa. La circuncisión supone una violación, no consentida por el menor, a su integridad física. Luego el consentimiento que dieron los padres para la intervención quirúrgica, al no corresponder al bienestar del niño, no facultó al médico a realizarla. Su acción, que alteró irremediamente la integridad física del menor por motivos no terapéuticos, es constitutiva de un delito de lesiones. Sin embargo, a pesar de la calificación de los hechos, el Tribunal de Colonia absuelve al médico al considerar aplicable la eximente de error invencible de Derecho: el convencimiento que tenía de que la circuncisión se permite legalmente –por motivos históricos nunca ha sido castigada por la ley– y se encontraba amparada en el derecho de libertad religiosa de los padres, excluye la culpabilidad.

Las reacciones a la Sentencia de Colonia no se hicieron esperar, sobre todo por parte de la minoría judía: manifestaciones, escritos y artículos en los periódicos, programas en radio y televisión, pronunciamientos expresos de los líderes de las comunidades e, incluso, del Gobierno de Israel..., protestan por lo que consideran un atentado contra la autonomía de las comunidades hebraicas y el derecho de libertad religiosa de los padres. El Gobierno alemán, sensible a la polémica y, no cabe duda, intentando evitar la acusación de an-

¹⁰ Sobre la polémica doctrinal en Alemania previa a la Sentencia de Colonia, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J., «Circuncisión...», *cit.*, pp. 2 y ss.

tisemitismo dada la trágica experiencia histórica acaecida durante el régimen del III *Reich*, se posiciona a favor de la licitud de las circuncisiones de niños por motivos religiosos sin que, en ningún caso, sean objeto de sanción penal. De hecho, el Ministro de Justicia impulsó una modificación del Código civil (BGB) para admitir expresamente, y bajo determinadas condiciones, la circuncisión no terapéutica. El proyecto de Ley fue aprobado por el Parlamento alemán en diciembre de 2012 y publicado el 28 de ese mes. La Ley añade al artículo 1631 del BGB un nuevo párrafo, el d., por el cual, en sustancia, se otorga a los padres el derecho a consentir la circuncisión de sus hijos según las prácticas y reglas del arte médico; en los primeros seis meses de vida del menor la intervención por motivos religiosos podrá ser realizada por la persona que designe la comunidad de pertenencia, siempre que se encuentre formada para ello¹¹. La Ley alemana reconoce, pues, el derecho de los padres a la circuncisión de sus hijos –en este sentido no la limita: puede ser por motivos rituales, culturales, estéticos, sanitarios o higiénicos–, sin garantizar que ésta deba realizarse por médicos profesionales, o conforme a métodos que eviten el dolor inferido al menor. Aspecto que ha prologado las críticas a la Ley de las organizaciones y colectivos a favor de la defensa de los derechos del niño.

Lejos de acallar la polémica, la Ley alemana –adoptada en un país especialmente sensible a las cuestiones que inciden en el estatuto de las comunidades judías, aunque también de las islámicas, por obvias razones históricas y presentes– ha tenido como consecuencia ampliar el ámbito de discusión a los organismos internacionales europeos; en concreto a aquél precisamente nacido para la lucha contra la discriminación y la defensa de los derechos humanos: el Consejo de Europa.

¹¹ «Circuncisión del hijo varón:

1. La patria potestad comprende también el derecho a consentir una circuncisión no necesaria en términos médicos de un hijo varón sin capacidad de comprensión y juicio, siempre que ésta se lleve a cabo conforme a las reglas del arte médico. Lo anterior no será aplicable si la circuncisión, atendido también su fin, pone en peligro el bien del niño.

2. Durante los primeros seis meses tras el nacimiento del hijo también puede llevarse a cabo circuncisión conforme al inciso 1.º por parte de personas previstas a tal efecto por una entidad religiosa, si éstas se hallan especialmente formadas para ello y, sin ser médicos, están capacitadas de modo comparable para llevar a cabo la circuncisión». (Traducción del artículo contenida en *ibidem*, p. 4.)

Sobre la Ley son interesantes las reflexiones y el comentario realizados en TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos Ritos...», *cit.*, pp. 156-157.

1.2 La circuncisión en las resoluciones del Consejo de Europa

La Resolución 1952, adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 1 de octubre de 2013¹², llama la atención sobre los actos contra la integridad física de los menores. A pesar de que sean presentados como beneficiosos para ellos, producen daños irreversibles: «Esto incluye –afirma la Resolución en su punto 2.º–, entre otros, la mutilación genital femenina, la circuncisión de jóvenes por motivos religiosos... y la obligación de niños, bajo coacción, de *piercings*, tatuajes u operaciones plásticas». La identificación de la circuncisión con la terrible –por sus consecuencias– mutilación genital femenina¹³ parece corregirse más adelante cuando, en el número 7.4.1. de la Resolución, se recomienda que la primera sea prohibida y perseguida, incluso si se llevara a cabo fuera del país europeo, mientras que en la circuncisión no médica de jóvenes deben «definirse claramente las condiciones médicas y sanitarias» (punto 7.4.2.). La Resolución se cierra realizando una serie de recomendaciones a los Estados miembros del Consejo de Europa: preparar a los médicos y, en su caso, a los miembros de las confesiones para que realicen estas intervenciones bajo unas mínimas condiciones sanitarias a fin de impactar lo menos posible en la salud y el bienestar del menor (punto 7.2.); promover el diálogo interreligioso para superar los métodos tradicionales que no tienen en cuenta el interés superior de los niños (punto 7.5.); y tomar medidas legales para que las operaciones sean llevadas a cabo cuando el menor tenga madurez suficiente y, así, promover la participación de éste en las decisiones que afecten a su integridad física (punto 7.6.)¹⁴.

Es, sin duda, esta última disposición la que más podría influir a fin de que los Estados pusieran trabas al acto ritual de la circuncisión en la religión judía, practicada, como ya dijimos, a bebés de tan sólo unos días de edad. Tal vez para no ocasionar un conflicto religioso, o para no levantar nuevos motivos de antisemitismo o islamofobia, en resoluciones posteriores el órgano parlamentario del Consejo de Europa parece olvidarse de reclamar la postergación del acto de la circuncisión a la madurez del menor, aunque, eso sí, persiste su insistencia a

¹² Bajo el título «Children´s right to physical integrity». Puede consultarse en «<http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20174.&lang=en>». Una exposición y comentario de ella, *vid.*, ANGELUCI, A., «Libertá religiosa e circoncisione in italia: una questione di specialitá confessionale», *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.º 35 (2016), pp. 4-5.

¹³ Práctica que suele comprender la extirpación del clítoris y de los labios menores de las niñas. En su forma más grave o de «infibulación o circuncisión faraónica», se seccionan también los labios mayores y se cosen los dos lados dejando un pequeño orificio.

¹⁴ En la misma fecha la Asamblea Parlamentaria adopta la Recomendación 2023 en la que insta al Consejo de Ministros a incluir el derecho a la integridad física de los menores, y a su participación en las decisiones que afecten a aquél, en los *standard* de derechos humanos –convenciones, declaraciones, resoluciones...– del Consejo de Europa.

que ésta se realice en unas adecuadas condiciones médico-sanitarias. En la Resolución 2076, de 30 de septiembre de 2015¹⁵, a la vez que aboga por respetar el pluralismo religioso, califica algunas prácticas de las religiones, como la circuncisión, de «controvertidas» (punto 8.º). A fin de proteger la integridad física de los menores –preocupación que dice compartir con las comunidades judías e islámicas–, recomienda que se prohíban las circuncisiones no practicadas a niños y jóvenes en centros médicos apropiados, en condiciones sanitarias y por personal entrenado, así como que se informe a los padres de los riesgos potenciales para que éstos adopten su decisión en el mejor y más apropiado interés del menor (punto 9).

También en los aspectos de la realización técnico-sanitaria, la circuncisión de menores plantea problemas. El hecho de someter al niño a una operación quirúrgica por motivos no terapéuticos, y sin que estén demostrados los posibles beneficios pero sí riesgos ciertos, puede hacer que determinados médicos se nieguen a su realización porque lo consideran contrario al juramento hipocrático de no causar daño al paciente¹⁶. O justifica, en sí, que no pueda ser efectuada o cubierta la intervención por la sanidad pública. Problemas sobre los que trataremos con mayor profundidad en la última parte del trabajo.

1.3 Planteamiento general del estudio

Vemos, pues, que la circuncisión de menores de edad constituye hoy un asunto de interés público donde se proyectan múltiples derechos fundamentales –el de los padres a la educación religiosa y moral de los hijos, el de la integridad física del menor y, a la vez, su derecho a la libertad ideológica y de conciencia...–, que han de ser ponderados y equilibrados entre sí atendiendo a las facultades inherentes a la patria potestad y al significado que se le dé al principio, superior, del beneficio e interés del menor; donde juegan un papel importante las competencias públicas en torno a la protección integral de los hijos; y, a su vez, condicionado por la valoración médica de esta intervención quirúrgica, que determina, de por sí, la realización por parte de los profesionales de la medicina y su ejecución en la red pública de hospitales. A este calidoscopio de factores en conflicto se suma la trascendencia penal del acto, una vez que nues-

¹⁵ «Freedom of Religion and living together in a democratic society». Puede consultarse en <http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20176.&lang=en>

¹⁶ Cfr., BRUSA, M., «Consideraciones éticas sobre la circuncisión en España», *Revista española de pediatría: clínica e investigación*, vol. 60, n.º 3 (2004), p. 240.

tro legislador introdujera en el año 2003 el delito de la mutilación genital añadiendo un segundo párrafo al artículo 149 del Código penal.

Trataremos de organizar la exposición abordando, primero, los derechos fundamentales en contraposición y, en especial, los vinculados al ejercicio de la patria potestad y sus límites, conforme a lo dispuesto en la Constitución Española, en el Código civil y en la legislación sobre el estatuto jurídico de los menores de edad. Particular atención se prestará al significado de la expresión «interés superior del menor» en nuestra jurisprudencia, clave en la dilucidación del momento y los mecanismos de intervención de los poderes públicos. Para, a continuación, y en segundo lugar, plantear la posible criminalización de la circuncisión masculina como acto castigado en el artículo 149.2 del Código y atendiendo a las circunstancias fácticas de los supuestos resueltos por los tribunales españoles. Se cerrará el estudio con unas consideraciones *de lege ferenda* en torno a la posible regulación jurídica de la circuncisión de menores no emancipados en España.

2. PATRIA POTESTAD Y DERECHOS INHERENTES A LA MINORÍA DE EDAD; EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

2.1 Los derechos en conflicto; la concepción actual de la patria potestad

Como ya pusimos de relieve en el epígrafe anterior, el rito de la circuncisión de los menores constituye un supuesto de ceremonial o acto de culto esencial para las creencias judías, y tradicional en el Islam. Como tal su práctica queda amparada en el derecho de libertad ideológica y religiosa consagrado en los artículos 16.1 de la Constitución Española y 2.1.b de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa. Singularmente, los Acuerdos con la Federación de Comunidades Judías de España¹⁷ y la Comisión Islámica de España consagran, en sus respectivos artículos 6, como funciones propias de su religión las que se deriven de su tradición y su ley y, en especial, las del ejercicio del culto. Desde la perspectiva de los menores de edad y conforme al artículo 27.3 de la Constitución Española, los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que aquellos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones; en este sentido, puede decirse que los padres que deciden

¹⁷ La disposición final 7.^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, sustituye el nombre de la Federación de Comunidades Israelitas por el de Federación de Comunidades Judías.

circuncidar a su hijo, al igual que los cristianos que optan por bautizarlo, ejercen su derecho a la formación religiosa incardinando al niño en una comunidad de creencias en cuyos valores se pretende que se forje la personalidad del menor¹⁸.

En todo caso, también hay que tener en cuenta que el alcance y el contenido actual de la patria potestad difiere radicalmente de la visión romana del «derecho absoluto del *pater familias* sobre la vida o la muerte del hijo»¹⁹. La concepción moderna de la minoría de edad²⁰, singularmente a partir de la Convención para los Derechos del Niño, se caracteriza por las siguientes notas: 1.º El menor es, de por sí, titular de derechos fundamentales, que ejercerá ya a través de representantes mientras no tenga capacidad de entender, o directamente, adquirida la madurez suficiente; 2.º De lo cual se deduce una concepción evolutiva en la minoría de edad, donde en sus últimos estadios el menor podrá ejercer su derecho y, así, potenciar su autonomía de la voluntad, en aras al fortalecimiento del desarrollo de la personalidad; 3.º La protección que le prestan los padres o tutores legales, o los poderes públicos²¹ ha de estar al servicio de que adquiera el progresivo control de su vida y de la toma de deci-

¹⁸ No podemos por menos que discrepar de aquellos autores que reducen el ámbito de protección del artículo 27.3 de la Constitución Española a la elección del tipo de escuela por la que se opta para sus hijos, pero que no les faculta para que decidan la religión en cuyo seno van a desarrollarse. Esta visión «minimalista» y restrictiva del derecho de los padres no se corresponde con lo señalado en las convenciones internacionales de derechos humanos, y se contradice con el desarrollo legal del precepto de la Ley de libertad religiosa. En el artículo 2.1 de la Ley orgánica se subraya que el derecho a la formación religiosa da a los padres la potestad de elegir para los menores no emancipados, dentro y fuera del ámbito escolar; es decir, que puedan ser criados, en todos los ámbitos del desarrollo de su personalidad, conforme a unos determinados valores. [Vid., como exponentes de la concepción reductora del 27.3, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos. (Comentario de la STC 141/2000, de 29 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 14 (2000), pp. 265 y ss.; SERRANO POSTIGO, C., «Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español», en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en Homenaje al prof. Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1983, p. 825.]

¹⁹ El *pater familias* tenía sobre sus hijos el *ius vitae necisque*. «Un senador llamado Fulvio mató a su hijo por tomar parte en la conjuración de Catilina contra el Estado. Este comportamiento no fue considerado crimen hasta el siglo II de la era cristiana». HERRERO LLORENTE, V. J., voz «Paterfamilias», en *Diccionario de expresiones y frases latinas*, 4.ª ed., Gredos, Madrid 2010, p. 620.

²⁰ En el sentido jurídico de aquél que no tiene dieciocho años cumplidos. (Vid. art. 12 de la Constitución Española y art. 1 de la Convención para los Derechos del Niño de la ONU, de 20 de noviembre de 1989 –ratificada por España el 30 de noviembre de 1990–.)

²¹ El artículo 39 de la Constitución Española determina la protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos, así como el deber de los padres de prestarles asistencia durante su minoría de edad.

siones, y, en todo momento, bajo el principio, preferente, de obrar en interés del menor²².

Estos criterios se han materializado jurídicamente en la Ley que, por antonomasia, regula el estatuto de los menores de edad: la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Su exposición de motivos refleja el deseo de, en consonancia con los textos internacionales, dar mayor protagonismo a los menores en correspondencia con el importante papel que desempeñan en la sociedad: «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el *status* social del niño» y, como consecuencia de ello, se reconoce la plena «titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos», según los distintos estadios de madurez del menor. La Ley –concluye dicha exposición– trata de promover la autonomía de los menores como sujetos; ello requiere la necesidad de equilibrar los sistemas de protección con la creciente facultad de estos de participar en las decisiones que les afecten.

Reflejo de tales planteamientos es que la Ley orgánica, además de reconocer una serie de derechos fundamentales al menor –entre los que se encuentra el de libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6)–, prescribe el derecho de éste a ser oído en la familia o en los procedimientos judiciales, por sí mismo o a través de un representante escogido por él, «cuando tenga suficiente juicio» (art. 9.2)²³.

2.2 Límites a la patria potestad: los derechos de la personalidad

No cabe duda que el cambio en la concepción de los derechos de los menores, y la tutela especial que establece el ordenamiento en el desarrollo de su personalidad, modifica sustancialmente, como ya dijimos, las facultades inherentes al ejercicio de la patria potestad de los padres.

El artículo 162 del Código civil exceptúa la representación legal de los padres que ostenten la patria potestad sobre sus hijos menores no emancipados

²² Vid., entre otros, ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003; ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., «Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n.º 7 (2005); MORENO ANTÓN, M., *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor de edad*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2007; PUENTE ALCUBILLA, V., *Minoría de edad, religión y Derecho*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2001; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.

²³ En el mismo sentido, el artículo 154 del Código civil ordena que «si los hijos tuvieran el suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten».

en «los actos relativos a derechos de la personalidad». Si bien la delimitación precisa de lo que se ha de considerar como «derechos de la personalidad» es incierta y susceptible de interpretación por parte de doctrina y jurisprudencia, cabe definirlos como «aquellos derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona»²⁴. Hoy en día la doctrina suele asimilarlos a aquellos derechos fundamentales, incluidos en nuestra Constitución, que reconocen a sus titulares el goce, y la correspondiente protección pública, de intereses inherentes al desarrollo de la personalidad; ya sean en su dimensión física y corporal –como los derechos a la vida, a la salud o a la integridad física–, o moral y espiritual –a la imagen, al honor, a la privacidad o a la libertad ideológica y religiosa–.

¿Puede interpretarse el precepto del Código civil en el sentido de que en ningún momento ni circunstancia los padres podrán representar al menor por ser actos de carácter personalísimo, cuya actuación queda reservada a él? El ejercicio de sus derechos dependerá, obviamente, de que el menor tenga madurez suficiente, es decir, la capacidad de entender y querer en relación al concreto acto que se pretende realizar en cumplimiento de esos derechos fundamentales; en el caso de que posea la aptitud intelectual y volitiva necesaria, la representación de los padres queda condicionada a que el menor otorgue su consentimiento libremente. Si el acto que pretende realizar pudiera perjudicar sus intereses, los padres, o el Ministerio Fiscal, podrán acudir al juez a fin de que éste aparte al menor de un peligro o le evite perjuicios (art. 158.3.º del Código civil).

Ahora bien. Si el menor no tuviera capacidad –se presume la ausencia de discernimiento por debajo de los doce años–, los padres tendrán el pleno ejercicio de la representación del menor, también en los derechos de la personalidad, si la actuación fuera beneficiosa para el menor –o, por lo menos, no perjudicial–; aunque, siempre que sea posible, en el ámbito de esos derechos la decisión debería postergarse hasta que el menor, titular de ellos, diera su consentimiento.

²⁴ GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los Derechos de la Personalidad del Menor no Emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 76. Se siguen las conclusiones de este trabajo en las líneas dedicadas a los derechos de la personalidad del menor y el juego de la patria potestad de los padres sobre ellos. *Vid.*, además, con referencias a los derechos de los menores a la integridad física y a la libertad ideológica y religiosa, MORENO, M., «La libertad religiosa del menor en el contexto sanitario», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15 (2011), pp. 96 y ss.

2.3 El consentimiento del menor a las intervenciones quirúrgicas

Un ejemplo práctico de esta aproximación teórica a las relaciones paternofiliales y los límites de la patria potestad nos lo ofrece el sometimiento del menor a intervenciones quirúrgicas –ámbito donde se incardina el tema tratado, la circuncisión masculina–. La legislación española recibe el principio general, sentado en los documentos y convenios que se refieren a los derechos del menor emanados en la esfera internacional²⁵, del consentimiento informado del paciente en cualquier acto en el ámbito de la salud. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que regula la autonomía del paciente, consagra este principio en su artículo 3; su libertad a la hora de decidir el tratamiento tiene como fundamento el derecho al respeto de su personalidad, la dignidad humana y la intimidad. Sólo en casos de urgencia y peligro para la vida del paciente, en que no pueda recabarse el consentimiento y no esté presente la familia, puede el médico prodigar los cuidados necesarios conforme a su conciencia y pericia profesional²⁶. En el supuesto de los menores de edad, la Ley 41/2002 otorga a los que hayan cumplido dieciséis años una autonomía plena en la toma de decisiones; él es quien decide, aunque los padres deben ser oídos. Por debajo de esa edad y siempre que el menor tuviera madurez suficiente, no deben imponérsele tratamientos contrarios a su voluntad²⁷, salvo en las situaciones en que el menor se encuentre en riesgo de perder la vida o sufrir daños irreparables, según el criterio del facultativo; en ellas el consentimiento lo prestará el representante del menor, una vez oído al paciente (art. 9.4)²⁸. En este caso, o en otros en que existiera una grave discordancia entre los padres y el hijo, el juez podrá intervenir, decidiendo lo que considere oportuno según las circunstancias y siempre motivando su resolución en el beneficio del menor.

²⁵ Como el Convenio de Oviedo sobre derechos humanos y biomedicina, de 1997; o la Declaración de Ottawa sobre los derechos de los niños a la atención médica, de 1998.

²⁶ Así se declara en el artículo 10.5 del Código Deontológico Médico español.

Una exposición de la legislación emanada en las diferentes Comunidades Autónomas, *vid.* GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio...*, *cit.*, pp. 106 y ss.

²⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio, en relación a un menor de trece años que se negó a someterse a un tratamiento médico –una hemotransfusión– por ir en contra de sus creencias religiosas –profesaba la fe de sus padres, testigos de Jehová–, afirmó que el consentimiento al acto médico representa el ejercicio de «un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal... y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física», estimando en el caso que, presumida la madurez del menor, su derecho a la libertad religiosa debía ser ponderado con la salvaguarda de su derecho a la vida; dada su capacidad intelectual y volitiva, no debió obligársele al tratamiento.

²⁸ Artículo redactado conforme a la reforma de la Ley de 22 de septiembre de 2015.

Si el menor no tuviera las facultades intelectuales y volitivas para tomar las decisiones adecuadas y para comprender las consecuencias de sus actos, los padres o representantes legales serán los que otorguen su consentimiento a la intervención quirúrgica, bajo ciertas condiciones: debe realizarse en beneficio del menor²⁹, ser oído éste si tuviere suficiente juicio³⁰ y siempre con la posibilidad de que el juez, a instancias del médico o del Ministerio Fiscal, autorice la operación si existieran dudas sobre la salvaguarda del interés del menor.

¿*Quid* respecto del sometimiento del menor a actos quirúrgicos no terapéuticos? No cabe duda de que ser sujeto de operaciones estéticas o de donaciones de órganos puede ir en detrimento de su salud, o incluso de su vida, poniéndole en riesgos innecesarios. Por lo cual el consentimiento de los padres en estos casos no podrá prosperar: la especial protección que tienen los poderes públicos sobre los menores, sujetos de una tutela especial, hará que intervengan para evitar que se les sitúe en situaciones de riesgo físico. Ahora bien. En determinados casos, y excepcionalmente, otros intereses legítimos pueden justificar la intervención no terapéutica –por ejemplo la extracción de médula a favor de un pariente– y siempre que no se ponga en grave riesgo la vida o la salud del menor.

2.4 Circuncisión y beneficio del menor; ¿acto comprendido en la patria potestad?

Bajo estas premisas, ¿puede legitimarse la circuncisión, como acto religioso, en el interés del menor?

Como ya pusimos de relieve, es el interés del menor el principio supremo que inspira en los convenios internacionales y en el Derecho español la regulación de la materia. El *favor filii* se constituye en el fundamento y la finalidad sustancial de las relaciones paterno-filiales, presente en todas las sentencias de los tribunales³¹. Si bien el concepto de interés del menor es indeterminado y, por tanto, deberá fijarse caso por caso según las concretas circunstancias³². La

²⁹ *Ex* artículo 154 del Código civil, como criterio general del ejercicio de la patria potestad.

³⁰ «Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (art. 154.3.º); también el hijo puede dirigirse al juez en el caso de medidas que crea que le perjudican (*ex* art. 158.3.º del Código civil). En materia de salud, la Ley 41/2002 impone que el menor con más de doce años dé su opinión (art. 9.3.c).

³¹ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de mayo de 2004.

³² Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y del 23 de febrero de 1999. *Vid.* los extractos más significativos de nuestra jurisprudencia sobre el interés del menor, en el

delimitación del mismo, según nuestra jurisprudencia, ha de buscar su protección integral, de tal manera que debe «rechazarse todo aquello que pueda contribuir –o contribuya– a causarle un daño emocional, un perjuicio o algún tipo de inestabilidad psíquica o emocional»³³. En última instancia corresponde a los jueces determinar qué beneficia al menor; en uso de sus poderes discrecionales habrán de elegir la solución que consideran justa entre las varias posibles³⁴.

El interés del menor también modaliza el contenido de la patria potestad; ésta se concibe como una función, consistente en un conjunto de derechos y obligaciones, que ha de ejercerse en interés de los hijos y para el pleno desarrollo de su personalidad³⁵.

Llegados hasta este punto, hemos de preguntarnos si la realización de la circuncisión masculina, como intervención quirúrgica, afecta negativamente al menor poniendo en riesgo su salud. Son los estudios médicos realizados los que nos darán respuesta a este interrogante³⁶.

En el pasado, la circuncisión masculina de neonatos se generalizó en Inglaterra y Estados Unidos como un medio profiláctico. Hoy en día, y a pesar de reconocerse ciertos beneficios de esta intervención³⁷, también se ponen de relieve los riesgos: dolor, trauma, efectos psicológicos, complicaciones del post-operatorio... De tal manera que los informes de la OMS y de las asociaciones de pediatría recomiendan que no se generalicen las circuncisiones si no tienen un propósito terapéutico directo. En todo caso, se reconoce que en la de neonatos la sencillez y simplicidad de la intervención hacen que, bien realizada, apenas ofrece peligro alguno; sí en la de jóvenes y adolescente, donde la intervención quirúrgica es aconsejable que sea realizada por un profesional de la medicina y con instrumental adecuado³⁸. La relativa inocuidad de la circuncisión de neonatos es compartida por nuestra jurisprudencia; en el Auto de la

apéndice del libro ROMERO COLOMA, A. M., *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor. Problemática jurídica*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 160-169.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de febrero de 1999.

³⁴ *Vid.*, en general, las interesantes reflexiones en torno a este concepto indeterminado de RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Límites...», *cit.*, pp. 272 y ss.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 21 de abril de 2003.

³⁶ Estudios a los que se alude en, entre otros trabajos, BRUSA, M., «Consideraciones...», *cit.*, pp. 237 y ss.; LAGE, F., «Polémica...», *cit.*, pp. 444 y ss.; LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., «Circuncisión...», *cit.*, pp. 8-9; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos ritos...», *cit.*, pp. 158-159.

³⁷ Se ha descrito como un medio eficaz para frenar la transmisión del SIDA; para prevenir el cáncer cervical en la mujer –causado por un virus que anida bajo el prepucio–; o algunas infecciones urinarias.

³⁸ Así se afirma en el Informe del Comité Nacional de Bioética de Italia «La circuncisión: perfil Bioético», de 25 de septiembre de 1998. [*Vid. Quaderni di Diritto e Política Ecclesiástica*, vol. 2 (1999), pp. 523 y ss.].

Audiencia Provincial de Castellón de 21 de septiembre de 2006³⁹ se califica esta intervención de cirugía ambulatoria que, «correctamente realizada, no afecta a la funcionalidad sensorio-motriz en las relaciones sexuales o en la micción».

Resumiendo las posturas doctrinales al respecto, podríamos decir que los motivos que arguyen algunos autores para abogar a favor de la proscripción de la circuncisión de menores por motivos rituales tienen su fundamento en dos tipos de conclusiones:

1. En el mismo sentido que lo afirmado por el Tribunal Regional de Colonia y la Resolución 1952 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la circuncisión es un acto irreversible que afecta a la integridad corporal del menor. En este sentido, debe evitarse por lesionar un derecho fundamental. Como derecho de la personalidad, queda fuera del ejercicio de la patria potestad; será aquél quien decida cuando adquiera la madurez suficiente⁴⁰. Argumento que, en mi opinión, pretende magnificar una intervención que, si bien es cierto que afecta a la integridad corporal, sólo puede ser calificada, desde el punto de vista médico, como de bajo riesgo y no lesiva en sí⁴¹, singularmente en el caso de practicarse a neonatos.

2. La circuncisión por motivos religiosos es un acto por el cual los padres incorporan a su hijo a la comunidad de creyentes en una determinada religión; hecho especialmente relevante en el caso del judaísmo. Se está, por tanto, decidiendo algo que sólo corresponde a él decidir, como es a qué religión pertenecer. Como ejercicio de la libertad religiosa de la que es titular el menor, es un derecho de la personalidad que se sitúa más allá de las facultades de representación de los padres: los poderes inherentes a la patria potestad no les legitiman para adoptar tal decisión. Habrán de esperar, por consiguiente, a que el menor adquiera la madurez suficiente y decida someterse o no a tal intervención con significado religioso⁴². Es evidente que esta visión «rusoniana» de la educación del menor impediría a los padres transmitir cualquier tipo de valores a sus hijos –no olvidemos que los derivados de la religión constituyen un semillero de ellos–. Por otro lado, vetar a los padres a decidir la pertenencia a una fe determinada de sus hijos no equilibra el derecho de estos con el de los padres a la libertad religiosa y a la educación de acuerdo con sus convicciones (art. 27 de

³⁹ N.º 355/2006.

⁴⁰ Así, *vid.* MÁRQUEZ-GARCÍA, E. Y. – GARCÍA-CARVAJAL J. A., «La circuncisión como una manifestación de la vulneración al libre desarrollo de la personalidad», *Dixi*, n.º 17 (2013), pp. 38-41; DE LORA P., «Cirugía...», *cit.*, pp. 76 y ss.

⁴¹ BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «La circuncisión...», *cit.*, pp. 21 y ss.; MORENO, M., «La libertad...», *cit.*, p. 111.

⁴² *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Límites...», *cit.*, pp. 284 y ss.

la Constitución Española) en un sentido integral de éstas, que no sólo se circunscribe a la elección del centro docente sino a la formación personal y humana del menor en todas sus dimensiones –cultural, religiosa, moral, social...⁴³. Esto es, a todo lo que contribuya al desarrollo y a la identidad personal de los hijos. Porque, desde el punto de vista de los padres, la decisión de circuncidar integra al hijo en una comunidad cultural cuyos valores se pretende que orienten al menor a lo largo de toda su vida. De ahí que, como señala un sector doctrinal⁴⁴, la inserción del hijo en la comunidad religiosa constituye un importante factor por el cual el acto de pertenencia, regulado canónicamente en cada fe, juega, en definitiva, en beneficio e interés del menor y justifica su procedencia desde la perspectiva del ejercicio lícito de las facultades de la patria potestad⁴⁵.

A la conclusión del carácter sustancialmente inocuo del acto de la circuncisión llega, como ya dijimos, la jurisprudencia penal que ha tratado casos supuestamente criminales en la materia. No obstante, otros factores circunstanciales a la intervención –tales como los conocimientos y la preparación de la persona que la realiza, el modo, los instrumentos utilizados, las condiciones de asepsia...–, que ocasionan daños y lesiones al menor inflingidos por la conducta imprudente, dan lugar a responsabilidad criminal.

3. RESPONSABILIDAD CRIMINAL EN ACTOS DE CIRCUNCISIÓN POR MOTIVOS RELIGIOSOS

3.1 La equiparación penal a la mutilación genital femenina

Las consecuencias penales de la circuncisión masculina se plantearon al hilo del clamor internacional, con evidente repercusión en resoluciones y

⁴³ Cfr. ROMERO COLOMA, A. M., *Derecho...*, cit., pp. 51 y ss. En el mismo sentido, MORENO, M., «La libertad...», cit., pp. 111 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos ritos...», cit., p. 169.

⁴⁴ Vid., entre otros, ANGELUCI, A., «Libertá...», cit., pp. 10 y ss.; ROBBERS, G., «Recent...», cit., pp. 69-70; SILVA SÁNCHEZ, J., «Circuncisión infantil», *InDret*, 1 (2013), pp. 4-5; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos ritos...», cit., p. 169

⁴⁵ Problema aparte es que la circuncisión, no exenta de riesgos y que constituye un acto con un importante significado religioso, es una intervención que han de decidir conjuntamente los dos progenitores titulares de la patria potestad. El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 355/2006, de 21 de septiembre, absuelve a un padre por la realización de la circuncisión de su hijo sin contar con el consentimiento de la madre. Aunque el acto –se afirma– no tiene trascendencia penal, al no derivarse de él daño o lesión al menor, es reprochable que el padre lo realizara sin la autorización del otro progenitor; sin duda se excedió en el entendimiento de la patria potestad. «La circuncisión –concluye el Tribunal– debió ser acordada de forma conjunta como intervención médica no urgente; en caso de desacuerdo, decidirá el juez». Será en la jurisdicción civil donde se ventilará la posible responsabilidad del padre que no respetó los deberes y facultades ínsitos a la patria potestad de la madre. (En el mismo sentido, *vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 598/2008, de 6 de junio).

recomendaciones de organismos supranacionales para la protección de los derechos humanos, contra los actos de mutilación genital femenina⁴⁶. Equiparando aquella a ésta, y llegando a conclusiones parecidas a la de la Sentencia del Tribunal de Colonia de 2012, un sector de la doctrina clamó por el castigo de la circuncisión como forma de mutilación genital irreversible por razones no terapéuticas; al igual que la femenina –a la que en sus modalidades más leves⁴⁷ puede asemejarse–, supone la amputación de parte del órgano sexual masculino con efectos físicos y psicológicos negativos. En ambos casos debe pensarse como un delito de lesiones, aunque equilibrando la condena en razón del alcance de las lesiones derivadas de la intervención por motivos religiosos⁴⁸. Para otros autores, las diferencias entre la mutilación genital femenina, en sus formas más comunes, y la circuncisión son cualitativas, si atendemos a los efectos y daños de una y otra. Por lo que las consecuencias penales sólo deben alcanzar a la femenina, en la que sí se da una auténtica mutilación invasiva⁴⁹.

Las Resoluciones 1952 (2013) y 2076 (2015) del Consejo de Europa se inclinan, atendiendo igualmente a la gravedad y a los resultados de una y otra, a la diferenciación: mientras que la mutilación femenina la condenan sin paliativos como muy dañosa y abogan por su prohibición a través del castigo penal, aplicable incluso cuando se haya realizado en otro país, respecto de la circuncisión se centran, como vimos, en recomendar que la intervención sea realizada por personal preparado y con las adecuadas garantías sanitarias. La legislación de los Estados europeos siguen las directrices de esta organización internacional de defensa de los derechos humanos. La criminalización de la mutilación genital femenina, bien a través de la modificación de las leyes penales para crear un delito *ad hoc*, o mediante la aplicación

⁴⁶ Sobre la mutilación genital femenina en el Derecho internacional y en su regulación en diferentes Estados y en España, *vid.*, entre otros, CÁMARA ARROYO, S., «La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del artículo 149.2», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX (2014), 829-882; FACCHI, A., «Mutilaciones genitales femeninas y Derecho positivo», en *Derecho de las minorías...*, *cit.*, pp. 143-167; ROPERO CARRASCO, J., «El Derecho penal ante la mutilación genital femenina», *La Ley*, 6 (2001), pp. 1393-1410.

⁴⁷ Como el corte de parte del prepucio o piel que recubre el clítoris, llamada también circuncisión femenina.

⁴⁸ *Vid.*, en este sentido, DE LORA, P., «Cirugía...», *cit.*, pp. 72 y ss.; DE MAGLIE, C., *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, (trad. V. M. Macías Caro), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 81-84; FACCHI, A., «Mutilaciones...», *cit.*, p. 157, nota 8; SILVA SÁNCHEZ, J., «Circuncisión infantil», *cit.*, pp. 1 y ss.; TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos ritos...», *cit.*, p. 151.

⁴⁹ ANGELUCI, A., «Libertá...», *cit.*, pp. 1 y ss.; LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, A., «Circuncisión...», *cit.*, p. 11.

del tipo genérico del tipo de lesiones⁵⁰, no se ha extendido a los casos de circuncisión masculina⁵¹.

En España, la Ley orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introduce un segundo párrafo al artículo 149. En el primero se pena con prisión de seis a doce años «la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica». El 2.º párrafo castiga con igual pena a «el que causara a otro mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones... Si la víctima fuera 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 incapaz». La exposición de motivos de la Ley deja claro que el precepto se dirige a la represión de la ablación femenina: «Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales». Si bien el nuevo párrafo del artículo 149 se refiere, en general, a cualquier mutilación genital, la persecución extraterritorial de los hechos constitutivos de delito se ciñe, a tenor de la Ley orgánica del poder judicial, a las ablaciones de los órganos sexuales femeninos⁵².

3.2 La circuncisión en la jurisprudencia penal

El análisis de las resoluciones de los tribunales de la jurisdicción criminal confirma la diferente relevancia penal de la circuncisión y la mutilación genital.

⁵⁰ Mientras que en países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Italia, Portugal, Reino Unido, Rumania y Suecia, se ha introducido un delito específico de mutilación genital, en otros, como Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Irlanda, Lituania y Luxemburgo, se aplica el delito general de lesiones.

⁵¹ El sector partidario de la punibilidad de la circuncisión masculina califica esta diferencia legislativa como discriminatoria, sólo explicable en razones sociales, culturales o, para De Maglie, incluso económicas: la primera se tolera como práctica de la religión judía, a la que pertenece la élite social, cultural y económica de los Estados Unidos, mientras que la criminalización de la mutilación femenina condena a los habitantes y a las culturas «bárbaras» africanas. (Cfr., DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, cit., p. 83).

⁵² Por Ley orgánica 3/2005 se modificó la Ley del poder judicial en el sentido de posibilitar a los jueces españoles el conocimiento de los hechos susceptibles de ser calificados bajo el tipo penal de la ablación genital que se produzcan fuera del territorio nacional. Al artículo 23.4 de la Ley del poder judicial se añade un párrafo por el cual los jueces españoles podrán conocer los hechos «g) relativos a la *mutilación genital femenina*, siempre que los responsables se encuentren en España» (cursivas propias).

En línea de principio, la jurisprudencia afirma la falta de contenido penal de las conductas de circuncisión de infantes, entendida como la intervención de cirugía ambulatoria consistente en la exéresis de la porción distal del prepucio o piel que recubre el glande, parte del ritual de las religiones judía e islámica. «Correctamente realizada –leemos en el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 21 de septiembre de 2006, citando el informe del médico forense– no afecta a la funcionalidad sensorio-motriz en las relaciones sexuales o en la micción». Por lo que los hechos no se incardinan en el artículo 149.2 del Código penal; es más, carecen de contenido penal. Esta diferencia de tratamiento con la mutilación genital femenina se extiende, también, a la posible persecución extraterritorial de las intervenciones de circuncisión. Por Auto de 6 de junio de 2008⁵³ la Audiencia Provincial de Barcelona ordena el sobreesimiento de las diligencias previas abiertas ante la demanda de la madre contra el padre por haber ingresado éste al hijo común de ambos en un hospital de Casablanca (Marruecos) donde fue intervenido quirúrgicamente de una circuncisión. Además de que –a juicio del Tribunal– los hechos no fueron constitutivos de delito, por cuanto la operación fue realizada ante un caso diagnosticado de fimosis, y se practicó conforme a la *lex artis* por un médico del hospital marroquí, el acto se produjo fuera del territorio nacional. Falta –concluye la Audiencia– la jurisdicción de los tribunales españoles, por cuanto la circuncisión «no se encuentra dentro de los delitos extraterritoriales del artículo 23.4 de la Ley orgánica del poder judicial».

La trascendencia penal de las circuncisiones sí se ha planteado cuando se derivan daños al menor por la mala praxis en su ejecución; es decir, cuando es practicada por una persona sin experiencia ni conocimientos médicos, sin utilizar el instrumental adecuado y careciendo de los mínimos medios de asepsia. Lo cual motiva las sentencias condenatorias a los padres y al ejecutante por las lesiones producidas al niño consecuencia de la imprudencia de los procesados. La generalidad de los casos denotan la clandestinidad del acto de la circuncisión: las intervenciones son realizadas en domicilios privados por personas inmigrantes⁵⁴.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de noviembre de 2004⁵⁵ se condena a los padres y a la persona que realizó la circuncisión por un delito de lesiones cometidas por imprudencia. Los hechos probados son los

⁵³ N.º 598/2008.

⁵⁴ Clandestinidad a la que, en ocasiones, se ven empujados los padres que desean circuncidar a su hijo por motivos culturales o religiosos: la sanidad pública rechaza realizarla al no ser un acto terapéutico; y los progenitores no pueden –o no quieren– pagar los costes que exige la sanidad privada. Hechos coincidentes con los que se relatan en la *specie facti* del Auto de la Audiencia Provincial de Lérida 355/2014, de 1 de octubre.

⁵⁵ N.º 203/2004.

siguientes. Los padres, senegaleses, acuden a la casa de un compatriota suyo para que efectúe la intervención ritual a su hijo de seis años. Le obligan a sentarse en un tronco y, con una navaja, le hacen un corte en el pene que le secciona parte del glande. Llevado al hospital, al menor se le dispensó tratamiento médico, sanitario y quirúrgico; las heridas necesitaron cuarenta y cinco días para su total curación. El parte señala la pérdida anatómica en el glande, aunque conserva las funciones reproductiva y de micción. El Tribunal destaca, a fin de justificar la condena impuesta por el juez en primera instancia, la falta de conocimientos médicos del ejecutante de la circuncisión y de medios materiales, de lo que devino, como resultado, el daño grave inferido al menor. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 1 de octubre de 2014, ante un caso similar –circuncisión en domicilio privado de un bebé por parte de una persona sin conocimientos médicos al que los padres acuden, que produce una hemorragia la cual requiere cirugía y asistencia hospitalaria–, el Tribunal argumenta la condena de los padres por un delito de imprudencia grave. En el supuesto se dan todos los elementos constitutivos de esta: sabían del riesgo de efectuar la circuncisión una persona sin referencias ni titulación; conocían la falta de condiciones higiénicas mínimas; y la carencia de instrumental adecuado –el corte se realizó con una cuchilla de afeitar–. El motivo para realizar la circuncisión del bebé en tales condiciones de ausencia de medios materiales y personales fue puramente económico: no quisieron gastarse el dinero que le pedían en un hospital privado. La hemorragia, y la anemia aguda subsiguiente, ocasionada al niño pusieron en grave riesgo la vida de su hijo.

Prueba de que estas consideraciones no son teóricas sino reales es el caso, dramático por el desenlace, juzgado y fallado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de febrero de 2010⁵⁶. Una persona de nacionalidad nigeriana practica la circuncisión de un bebé de seis meses con el consentimiento de sus padres. El modo refleja la impericia y tosquedad de la intervención: con una cuchilla de afeitar de marca *Bic* realiza una incisión no continua y en circunferencia del pene de una considerable profundidad. A resultas de ella se produce una herida que no para de sangrar. La madre, asustada por la hemorragia, llama al domicilio del ejecutante; éste la tranquiliza diciéndole que es normal y recomendándole que cure la herida con *Betadine*. Tras pasar así la noche, y ante el agravamiento de la situación del niño, la madre le lleva al centro de salud, donde llega inconsciente y con parada cardio-respiratoria. A las ocho de la mañana el bebé fallece como consecuencia del *shock* hipovolémico causado por la hemorragia. El juzgado de instrucción, tras decretar la prisión

⁵⁶ N.º 8/2010.

provisional de la persona que practicó la circuncisión⁵⁷, condena a éste y a los padres por un delito de homicidio por imprudencia del artículo 142 del Código penal a dieciocho meses de prisión. La Audiencia confirma la pena impuesta. Los hechos narrados evidencian la omisión del deber de cuidado constitutiva de la imprudencia, concurriendo la culpa de los padres –consciente o inconsciente–: decidieron circuncidar a su hijo sin consultar a un médico ni realizarla en un centro adecuado; la intervención la efectuó una persona no experta y en unas condiciones lamentables; no acudieron a un centro médico hasta pasada la noche, prolongando, así, la hemorragia durante horas –lo cual constituye una clamorosa omisión del deber de socorro...–. De lo que siguió la muerte del niño, existiendo el nexo causal entre las acciones relatadas y el fallecimiento⁵⁸.

3.3 La aplicación de eximentes o atenuantes a la conducta punible

Resta referirse, aunque sea brevemente, a la posible aplicación en los casos planteados a causas eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal.

Un sector de la doctrina ha planteado la existencia de un tipo concreto de delitos caracterizados tanto por sus orígenes –culturas ajenas o distantes a la nuestra– como por los sujetos inculpatos, pertenecientes a grupos étnicos minoritarios: los delitos culturalmente motivados⁵⁹. La propuesta de tal categoría plantea los conflictos de conciencia que sufren las personas inculpatas, al tener que decidir entre los mandamientos de la cultura de origen y la ley del país de acogida. No sólo por la protección de los derechos culturales de las minorías; también para evitar situar a los autores en una posición «tormentosa en el plano psicológico», se aboga porque no exista la sanción penal o la estigmatización del reo, ya que ello sería «excesivo y lesivo de su dignidad»⁶⁰.

⁵⁷ El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza 122/2009, de 25 de enero, estima que por la gravedad del delito y por el hecho de que el investigado, que trabaja en un matadero de conejos, realizaba frecuentemente circuncisiones, siendo un peligro su actividad, debe confirmarse la prisión comunicada sin fianza.

⁵⁸ En todo caso, si el resultado de la circuncisión defectuosa fuera la impotencia, la esterilidad o una grave deformidad, sería constitutivo de un delito de mutilación del artículo 149.1 del Código penal. *Vid.*, en este sentido, JERICÓ OJER, L., «A vueltas con la mutilación genital (artículo 149.2 CP): ¿aplicación exclusiva del delito sólo cuando existan motivos religiosos o culturales? (A propósito de la SAP Barcelona 135/2013, de 14 de junio)», *Diario La Ley*, n.º 8206, 5 de diciembre de 2013, p. 3.

⁵⁹ *Vid.* la exposición de la supuesta categoría penal de «delitos culturalmente motivados», en el libro, pionero en su formulación, de DE MAGLIE, C., *Los delitos...*, *cit.*, pp. 89 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 254. *Vid.*, en el mismo sentido, las reflexiones sobre los problemas que se plantean en torno al cumplimiento de la ley y el seguimiento de la conciencia formada en las obligaciones impuestas por la cultura minoritaria a la que pertenece el acusado, FACCHI, A., «Mutilaciones...», *cit.*, pp. 160 y ss.

Desde la perspectiva de la calificación penal de las conductas, es relevante conocer la cultura del acusado, determinante de las motivaciones que tuvo para cometer el supuesto ilícito criminal. Y en esa valoración de las motivaciones subyacentes a los delitos culturales puede jugar un papel importante, a fin de calibrar la pena o incluso la absolución, la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes: el miedo insuperable (art. 20.6.º del Código penal), el estado de necesidad (art. 20.5.º), el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7.º), el error sobre la ilicitud de un hecho constitutivo de infracción penal (art. 14.3.º)

Precisamente esa última causa, el error invencible e inevitable, fue el aducido por el Tribunal Regional de Colonia para decretar la absolución del médico que intervino en la circuncisión de un menor: el acusado obró, bajo la autorización de sus padres, convencido de la legalidad de su acción; su entendimiento de que la circuncisión ritual de un menor estaba permitida por el Derecho –lo cual era cierto hasta que la Sentencia modifica la doctrina imperante hasta ese momento– justifica la aplicación de la eximente.

La postura de la jurisprudencia española parte de la base de que la pertenencia a un grupo cultural, o los actos ordenados por culturas minoritarias constitutivos de infracciones penales, no implican, de por sí, la aplicación de las causas de exención o atenuación de la responsabilidad; se debe probar, en cada caso, los requisitos que exige para su concurrencia nuestro Código penal. Así, en el supuesto del error en prohibición, la pertenencia a otra cultura no lleva consigo su aplicación, sino sólo cuando pueda demostrarse el efectivo desconocimiento del delito por hechos como, por ejemplo, el escaso arraigo en España, un mínimo tiempo de permanencia en nuestro país y la imposibilidad de obtener un conocimiento aproximado de la ilicitud del acto⁶¹.

En el supuesto de la circuncisión de menores no emancipados nuestros tribunales no condenan, como dijimos, el acto en sí correctamente realizado, sino su práctica imprudente cuando de ello resultan daños para el menor. El error se plantea, si acaso, en la ignorancia no culpable en su ejecución. La aplicación de un posible error del investigado se planteó en las alegaciones del apelante de una resolución del juez de instrucción que decretó la prisión provisional del acusado por el homicidio por imprudencia del menor. La Audiencia Provincial de Zaragoza, por Auto de 25 de enero de 2009⁶², rechaza de plano la posible ignorancia del deber de actuar con la diligencia necesaria: el recurrente llevaba siete años en España, conoce el sistema sanitario y sabe que

⁶¹ *Vid.*, respecto al delito de mutilación genital femenina, con jurisprudencia citada, CÁMARA ARROYO, S., «La legislación...», *cit.*, pp. 869 y ss.

⁶² N.º 122/2009.

ese tipo de intervenciones deben realizarse en centros acreditados, por prescripción médica y por una persona con conocimientos adecuados. Tampoco prospera la invocación del componente cultural del acto, anclado, según se alega, en «ancestrales costumbres africanas»⁶³, cuando –como queda demostrado en la relación de hechos probados– es cristiano y pertenece a una Iglesia evangélica.

En el caso fallado por Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de noviembre de 2004, se rechaza, igualmente, la atenuación de la responsabilidad alegada de «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral» (art. 21.5.º); el traslado al hospital del hijo de seis años al que se había practicado una deficiente circuncisión ritual, que le ocasionó una herida considerable y la hemorragia correspondiente, se produjo a instancias de la Guardia Civil que acudió al domicilio particular; si no se hubiera ingresado al menor, se habría incrementado la responsabilidad penal de los progenitores.

4. CONSIDERACIONES FINALES; APORTACIONES DE *IURE CONDENDO*

Llegados a este punto, creo conveniente ordenar lo expuesto y ofrecer una serie de propuestas sobre la situación jurídica, actual y futura, de la circuncisión de menores de edad no emancipados en España. Para ello considero de gran ayuda el tratamiento del tema por parte de nuestra jurisprudencia penal; el realismo que demuestra a la hora de abordar la *specie facti* nos aleja de concepciones o ideas preconcebidas que, entiendo, enfocan los problemas de una manera un tanto desdibujada. Sintetizaremos las ideas vertidas a lo largo del trabajo en una serie de afirmaciones numeradas:

1. La circuncisión es para el judaísmo un acto de culto esencial en la vida del creyente; simboliza la unión entre Yahvé y el Pueblo elegido. Derivadamente, en el Islam es una tradición muy extendida, incluso obligada en algunas escuelas o escisiones dentro de él.

2. El riesgo de su práctica conforme a la *lex artis* médica es muy reducida en el caso de neonatos, y aumenta con la edad; para niños y adolescentes es necesario que se efectúe bajo unas mínimas condiciones de asepsia e higiene,

⁶³ Entendemos que para la exención o atenuación de la responsabilidad por obrar «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho» (art. 20.7.º del Código penal).

y evitando en lo posible el dolor mediante anestesia. Lo cual aconseja que se realice siempre en una clínica autorizada y por personal médico.

3. El principio supremo que informa las relaciones paterno-filiales de obrar en aras del interés del menor, no excluye, de por sí, el acto de la circuncisión. A pesar de su carácter definitivo en cuanto a la alteración que se produce en el físico del menor, también encuentra su justificación en la necesidad que tenemos todos los hombres de ser criados dentro de una serie de valores morales que contribuyan positivamente al desarrollo de nuestra personalidad. Es natural que, dentro del proceso evolutivo del ser humano y mientras no dispongamos de juicio crítico suficiente, sean nuestros padres los que nos guíen y dirijan conforme a sus propias creencias –derecho de estos reconocido en las convenciones internacionales y en el art. 27.3 de la Constitución Española–. En este sentido, la circuncisión –como en el supuesto de los cristianos el bautismo– tiene el efecto beneficioso de integrar al niño en el complejo sistema de valores de religiones milenarias, así como en una comunidad unida en la profesión de la fe común. En todo caso, nada impide que el menor, alcanzada la madurez, elija sus propios derroteros que pueden separarse o alejarse de los que sus padres inculcaron en su infancia. No parece que el hecho de la circuncisión de niños sin entendimiento suficiente se oponga a su futura autonomía volitiva: siempre podrán ejercerla cuando adquieran madurez mental.

4. Así pues, como acto protegido por la libertad de culto y por el derecho de los padres a la formación religiosa y moral de los hijos, y no constando que, de por sí, vaya directamente en perjuicio del menor, la licitud de la circuncisión en nuestro Derecho parece fuera de toda duda. Siendo el ejercicio de la patria potestad compartido por ambos progenitores y constituyendo la circuncisión, además de una intervención quirúrgica, un acto relevante para la formación integral del menor, deberá ser decidida por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento expreso del otro⁶⁴. Si el menor tuviera juicio de razón deberá ser oído⁶⁵; también podrá acudir al juez para que éste decida lo que sea oportuno en el caso de que considere que le perjudica.

5. El problema se sitúa, a tenor de las coordenadas expuestas, no en el hecho de la circuncisión de menores –lícita en sí o, por lo menos, no prohibida–, sino en el de su práctica; esto es, cuando se realiza sin pericia, con un instrumental deficiente, o sin las condiciones higiénico-sanitarias adecuadas. En la línea de las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo

⁶⁴ *Vid.*, en este sentido, Autos de la Audiencia Provincial de Castellón 355/2006, de 21 de septiembre, y de la Audiencia Provincial de Barcelona 598/2008, de 6 de junio.

⁶⁵ *Ex* artículos 154.3 y 158.3 del Código civil. Y artículo 9.3.c. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente.

de Europa y de la mayor parte de la doctrina, y a la luz de los dramáticos casos que han tenido que enjuiciar y fallar nuestros tribunales de la jurisdicción penal –que ponen de evidencia supuestos que provocan graves lesiones a menores, o incluso la muerte–, debe concluirse la necesidad de asegurar unas mínimas garantías médico-sanitarias. Lo cual requiere, a mi juicio, imponer una serie de condiciones para su realización en beneficio del menor:

a) Que la circuncisión sea realizada, en todos los casos, por un médico, capaz, a su vez, de seguir convenientemente la evolución de la intervención quirúrgica. La lectura de la *specie facti* de las resoluciones aconseja que también en el caso de neonatos sea una persona diplomada en medicina quien efectúe la operación⁶⁶; lo cual no excluye que, por la vía del Derecho especial, pueda determinarse que para el judaísmo el Estado habilite a determinados miembros de la comunidad que hayan superado los cursos de formación correspondientes a fin de que se encarguen de llevar a cabo la circuncisión⁶⁷.

b) Que sea llevada a cabo en establecimientos o clínicas que garanticen la asepsia, el uso del instrumental adecuado y los medios anestésicos convenientes para el menor sufrimiento posible⁶⁸. ¿Podrían realizarse tales intervenciones dentro del sistema de la sanidad pública? En línea de principio, el hecho del carácter no terapéutico de la circuncisión ritual y la economía en los recursos del sistema público excluyen que este acto quirúrgico se realice en los centros asistenciales u hospitalarios públicos. Argumentos a favor de su inclusión serían, mirando el bienestar de los menores, el garantizar las condiciones médico-sanitarias –evitando, así, la clandestinidad– y el de contribuir a la integración de las minorías culturales o religiosas. Tal vez por estas razones en países como el Reino Unido se ha admitido su práctica en determinados hospitales públicos⁶⁹. En España, aunque no pueda reclamarse del Estado como de-

⁶⁶ *Vid.*, en este sentido, MORENO, M., «La libertad...», *cit.*, p. 112.

⁶⁷ Se admite esta posibilidad en el Informe del Comité Nacional de Bioética de Italia «La circuncisión: perfil bioético», de 25 de septiembre de 1998. En el mismo sentido, *vid.*, ANGELUCI, A., «Libertá...», *cit.*, p. 25; BRIONES MARTÍNEZ, I. M., «La circuncisión...», *cit.*, p. 54.

⁶⁸ También este ámbito puede ser objeto de acuerdos singulares con la Federación de Comunidades Judías de España sobre las condiciones sanitarias para que se realice en las sinagogas o en otros lugares de culto. En todo caso, se ha de reseñar el hecho que, de los casos jurisprudenciales estudiados, no han trascendido problemas médicos derivados de la realización de circuncisiones por parte de la comunidad judía.

⁶⁹ En aquellos en que la existencia de determinadas etnias o colectivos que la realizan es significativa, dado el conjunto de la población que se atiende en el hospital. *Vid.*, al respecto, DE LORA, P., «Cirugía...», *cit.*, p. 74, nota 37.

recho prestacional inherente al ejercicio de la libertad religiosa⁷⁰, convendría que se arbitrasen fórmulas de copago para la intervención con las máximas garantías, en aras del derecho a la salud del menor. Recomendación esta *de iure condendo* que no se ha materializado en la práctica.

Por último, resta preguntarse si el hecho mismo de la circuncisión ritual y las condiciones en que se efectúe deben ser objeto de una regulación *ad hoc* a través de una ley y de reglamentos que la desarrollen. Bajo el precedente de la regulación alemana a la que se aludió en la primera parte del trabajo, la hipotética ley, al hilo de la jurisprudencia de los tribunales, establecería el régimen sobre aspectos como la cualificación personal del individuo que efectúa la circuncisión, el lugar y el instrumental a utilizar, la forma de la intervención –que habrá de incluir el uso de la anestesia–, el consentimiento previo de los dos progenitores o del menor con madurez –que, en todo caso, deberá ser escuchado su tuviese juicio crítico–, o la posible inclusión en el régimen de actos quirúrgicos realizados en los centros de la Seguridad Social⁷¹. El evidente efecto positivo de la regulación legal es que dotaría de certeza y de seguridad jurídica a las circuncisiones masculinas, en provecho de las personas implicadas –padres, ejecutor de la circuncisión, dirigentes de las comunidades religiosas, médicos y personal sanitario, el menor...–. Aunque, como también se reconoce, en España dista de existir el debate y el consenso social para proceder a una regulación que equilibre convenientemente los derechos en conflicto.

⁷⁰ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 166/1996, de 28 de octubre, negó que un testigo de Jehová tuviera derecho a reclamar de la sanidad pública el reintegro de los gastos pagados a una clínica privada sustitutivos de una transfusión de sangre, alegando el carácter prestacional del derecho de libertad religiosa. Del artículo 16.3 de la Constitución Española y del artículo 2.3 de la Ley orgánica de libertad religiosa no se deduce –afirma el Constitucional– que «de esas obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa... esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que imponen sus creencias».

⁷¹ Una relación de materias posible objeto de la futura ley se apunta en TORRES FERNÁNDEZ, M. E., «Viejos Ritos...», *cit.*, pp. 173-175.