

Circuncisión infantil

El pasado 28 de diciembre de 2012 entró en vigor en Alemania la Ley de 20 de diciembre del mismo año, sobre el alcance de la patria potestad en caso de circuncisión de un hijo varón¹. ¿Una ley sobre la circuncisión de los niños a finales de 2012?

Conviene remontarse al Génesis²: *“Dijo de nuevo Dios a Abraham: En cuanto a ti, guardarás mi pacto, tú y tu descendencia después de ti por sus generaciones. Este es mi pacto, que guardaréis entre mí y vosotros y tu descendencia después de ti: Será circuncidado todo varón de entre vosotros. Circuncidaréis, pues, la carne de vuestro prepucio, y será por señal del pacto entre mí y vosotros. Y de edad de ocho días será circuncidado todo varón entre vosotros por vuestras generaciones; el nacido en casa, y el comprado por dinero a cualquier extranjero, que no fuere de tu linaje. Debe ser circuncidado el nacido en tu casa, y el comprado por tu dinero; y estará mi pacto en vuestra carne por pacto perpetuo. Y el varón incircunciso, el que no hubiere circuncidado la carne de su prepucio, aquella persona será cortada de su pueblo; ha violado mi pacto”*.

Desde entonces, tanto el Judaísmo como luego -más tarde- el Islam han entendido la circuncisión de los varones como expresión de la incorporación de éstos a la comunidad religiosa; no como su fundamento en sentido estricto, pero en todo caso sí como confirmación y medio de identificación de tal incorporación.

Si hemos de hacer caso a la última monografía publicada en nuestra lengua sobre estas cuestiones, tal circuncisión religiosa -esto es, no terapéutica- habría venido practicándose durante siglos en todos los países occidentales de forma todavía hoy no criticada. Algo que resultaría llamativo, sobre todo a partir del momento en que la mutilación genital femenina (incluidas sus formas más leves, supuestamente análogas a la circuncisión masculina), una práctica asimismo religiosa o ritual, ha empezado a ser sistemáticamente perseguida y sancionada³. La explicación ofrecida es que el consenso social acerca de la circuncisión masculina se debería a que ésta constituye “un rito también practicado por los seguidores de la religión judía, los cuales pertenecen a la élite social, cultural y económica de países dominantes como los Estados Unidos”⁴.

¹ Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (MännlBeschnG), publicada en el Bundesgesetzblatt de 27 de diciembre de 2012, Teil I, n° 61, pp. 2749-2750.

² Gen. 17, 9-14.

³ DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, (trad. Macías Caro), Madrid/Barcelona/Buenos Aires 2012, pp. 81 y ss. El presente número de InDret Penal contiene una reseña de esta obra a cargo de *Tamarit Sumalla*.

⁴ DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, 2012, p. 82.

En realidad, las cosas distan de ser así. En el momento (2010) en que *De Maglie* publicaba la versión original italiana de su libro, existía ya una importante polémica sobre la licitud penal de la circuncisión religiosa de menores. Para comprobarlo, basta efectuar una búsqueda en Google o leer el artículo de Wikipedia sobre *Circumcision and Law*. Es cierto que, en principio, dicho debate había tenido lugar en el ámbito de la literatura médica y médico-legal⁵. Como lo es, también, que en general no se registraban condenas por la comisión de un delito de lesiones impuestas a quienes practicaban una circuncisión no terapéutica de menores, ni a quienes colaboraban con aquéllos. Sin embargo, en 2010 ya se había iniciado un vivo debate jurídico-penal en Alemania, que venía a concretar en términos dogmáticos la bastante dispersa discusión mundial entre los “defensores de los derechos de los niños” y los “defensores de la libertad religiosa”.

En efecto, en 2008 *Putzke* había sostenido –argumentándolo extensamente– que la circuncisión sin indicación médica de niños varones constituye un hecho típico y no justificado que, por tanto, en principio debe reputarse punible⁶. Yendo por partes, sería evidente que la circuncisión constituye la pérdida dolorosa e irreversible de una parte del cuerpo; de modo que, aun dejando de lado los efectos psicológicos y de disminución de sensibilidad, así como la posibilidad de complicaciones, su práctica realizaría el tipo doloso del delito de lesiones⁷. Por otro lado, no podría afirmarse que dicha práctica viniera amparada por la causa de atipicidad (o, para algunos, de justificación) que conocemos como “adecuación social”⁸. Tampoco existiría la posibilidad de justificarla con base en el consentimiento de los padres, ni siquiera aunque éstos pretendieran con ello un supuesto “bien” para el menor. Por último, la justificación no podría derivar del ejercicio por parte de los padres de su derecho a la libertad religiosa. Por tanto, la circuncisión de menores sería penalmente antijurídica y, en suma, punible, no existiendo otra alternativa que su postergación al momento en que el sujeto pasivo alcance la mayoría de edad⁹.

El trabajo de *Putzke* provocó reacciones inmediatas en Alemania y propició la entrada en el debate de *Herzberg*, su jubilado maestro de Bochum. En dos trabajos consecutivos,

⁵ Por ejemplo, BOYLE/SVOBODA/PRICE/TURNER, «Circumcision of HealthyBoys: Criminal Assault?», *Journal of Law and Medicine*, (7), February 2000, pp. 301 y ss., concluyendo efectivamente que tal práctica debería ser punible.

⁶ PUTZKE, «Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben», en PUTZKE ET AL. (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für R.D. Herzberg*, Tübingen 2008, pp. 669 y ss.

⁷ PUTZKE, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 673-682.

⁸ Para PUTZKE, *FS-Herzberg*, 2008, p. 696, el caso no admitiría comparación con las incisiones que se practican (sobre todo en las niñas) para luego ponerles pendientes o aretes, en las que sí podría hablarse de adecuación social, dado lo mínimo de la intervención, apenas dolorosa y sin riesgo. Más discutible es que *Putzke* añada a continuación, en el capítulo de lo socialmente adecuado, las operaciones de extirpación de lunares benignos, de corrección de pabellones auditivos demasiado distantes de la cabeza y otras intervenciones “médico-estéticas” de que son objeto los niños menores con el consentimiento de sus padres (p. 697).

⁹ PUTZKE, *FS-Herzberg*, 2008, p. 706.

dedicados a rebatir a los contradictores de *Putzke*¹⁰, *Herzberg* ratificaba –incluso en términos más radicales y, desde luego, con más vehemencia– el punto de vista de aquél. La conducta de circuncisión religiosa sería típica y ni la apelación a un supuesto mayor “bien” del menor, ni el ejercicio de la libertad religiosa ni la costumbre podrían justificarla. En suma, las circuncisiones no indicadas en términos médico-terapéuticos deberían ser perseguidas y castigadas sin paliativos. Esta parecía ser el pasado año la posición dominante en la doctrina alemana.

Así las cosas, el 7 de mayo de 2012 el *Landgericht* de Colonia dictaba una sentencia en la que apreciaba que la circuncisión religiosa de un joven de catorce años llevada a cabo por un médico musulmán constituía unas lesiones típicas y antijurídicas¹¹. En su fundamentación, acogía en lo sustancial el punto de vista reseñado.

Ciertamente, la sentencia acababa absolviendo al citado médico por considerar la concurrencia en los hechos de un error de prohibición invencible. Sin embargo, era obvio que dicha eximente (que según la concepción dominante excluye la culpabilidad) ya no podría volver a apreciarse en el futuro. Por ello, no es de extrañar que la resolución del Tribunal de Colonia desatara un vendaval jurídico, social y político en toda Centroeuropa. Mientras que las confesiones religiosas, la mayoría de los partidos políticos¹² y un sector de la doctrina¹³ la criticaban, otros en cambio (organizaciones de defensa de los derechos de los niños, un sector doctrinal) la ensalzaban. La inseguridad se apoderó de los centros hospitalarios al tiempo que el Gobierno Federal anunciaba la presentación inmediata de un Proyecto de Ley para garantizar la legalidad de la circuncisión religiosa. Ese Proyecto¹⁴, sometido al debate de las Cámaras y aprobado por éstas, es el que ha dado lugar a la Ley que entró en vigor el pasado 28 de diciembre de 2012.

La *Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes (MännlBeschnG)* introduce un nuevo artículo en el Código Civil alemán (el § 1631d BGB) que señala lo siguiente¹⁵:

¹⁰ HERZBERG, «Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung», *JZ*, 2009, pp. 332 y ss.; EL MISMO, «Religionsfreiheit und Kindeswohl. Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?», *ZIS*, 2010, pp. 471 y ss.

¹¹ LG Köln Urt. V. 7.5.2012 Az 151 Ns 169/11 (*NJW* 2012, p. 2128).

¹² Sobre la posición crítica del SPD, ZYPRIES, «Contra: Lassen wir die Kirche im Dorf!», *Recht und Politik*, 3/2012, p. 139.

¹³ BEULKE/DIEBNER, “(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein grosses Thema für die Menschheit“. Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt, *ZIS*, 2012, pp. 338 y ss.

¹⁴ Dicho proyecto fue sometido a una agresiva crítica por parte de HERZBERG, «Die Beschneidung gesetzlich gestatten?», *ZIS*, 2012, pp. 485 y ss.

¹⁵ „§ 1631d Beschneidung des männlichen Kindes

(1)Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird.

Circuncisión del hijo varón

(1) *La patria potestad comprende también el derecho de 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 pueden llevarse a cabo circuncisiones conforme al inciso 1 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”.*

Aparentemente, ello conduciría a que la circuncisión –como conducta típica de lesiones– quedara justificada por el consentimiento de los padres, prestado en el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad. No haría falta una específica motivación religiosa. Bastaría con que la práctica de la circuncisión no pusiera en peligro el bien del menor, lo que sería coherente con la naturaleza de la patria potestad. Sin embargo ¿se resuelve con ello el problema suscitado?

Dejando aparte el frente que se abre en los países que no cuenten con una regulación legal expresa, me temo que la respuesta no puede sino ser negativa, pues la cuestión clave – como unos y otros han puesto de relieve– es la de cómo entender el “bien” (*Wohl*) del menor. Si se entiende, como lo hace Herzberg¹⁶, que toda circuncisión no indicada en términos médicos constituye un mal para el menor, sacrificado a cualesquiera intereses (religiosos o no) de sus padres, entonces la reforma no cambia nada y podrá seguir afirmándose que el hecho es antijurídico. Si, por el contrario, se considera que en la circuncisión religiosa se realiza el bien de integrar al niño en su entorno social, ejerciéndose en su nombre su propio derecho a la libertad religiosa (y que no sólo se ejerce la libertad religiosa de los padres)¹⁷, entonces parece que la conducta estaría permitida, a la luz del tenor del § 1631d BGB. Sólo que, de nuevo, cabría considerar que el precepto, o dicha lectura de éste, sería inconstitucional al tiempo que lesiva de la Convención Internacional sobre los derechos del niño¹⁸. Por lo demás, ¿qué decir sobre la circuncisión, comprendida en el tenor del texto introducido en el BGB, llevada a cabo por motivos no religiosos? ¿Qué bien del niño conllevaría ésta, al no hallarse tampoco indicada médicamente?

A todo esto, la posición favorable a la antijuridicidad penal de la circuncisión masculina ha introducido un factor adicional de complejidad. Ha procedido de modo claro a su asimilación con ciertas formas de mutilación genital femenina, sosteniendo en consecuencia

(2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind."

¹⁶ HERZBERG, *ZIS*, 2012, pp. 489 y ss

¹⁷ BEULKE/DIEBNER, *ZIS*, 2012, pp. 343 y ss.

¹⁸ HERZBERG, *ZIS*, 2012, 486, 504.

que se trata de un acto lesivo no sólo de la integridad física sino también del libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión sexual, del menor¹⁹.

A la vista de todo lo anterior, nos encontramos ante una situación de difícil resolución. Se rechaza por unos que una práctica que forma parte del núcleo de la convicción religiosa de amplísimas comunidades perfectamente integradas en la totalidad de las naciones del mundo sea conforme a Derecho. Sin embargo, ¿acaso no parece que éste sería uno de los casos que se mueven plenamente “en el marco del orden social normal, del devenir histórico de la vida”?²⁰ ¿O debe, por el contrario, rechazarse como mera expresión de una denostada “fuerza normativa de lo fáctico”?²¹

Por lo demás, los argumentos relativos a la afectación de la salud e integridad física, así como al desarrollo de la personalidad del menor, no son –contra lo que pudiera parecer– definitivos. Tanto la conformación psíquica como el libre desarrollo de la personalidad (también en el ámbito sexual) de los hijos son condicionados siempre por los padres, al educarlos en un determinado sentido desde la infancia. Y existe un tipo de lesiones psíquicas. ¿Dónde estaría aquí el límite de la lesión? ¿Podría llegar a considerarse que una determinada educación es una conducta típica y no justificada de lesiones?

Para los padres judíos devotos que circuncidan a sus hijos varones siempre quedará el recurso al estado de necesidad²² (supralegal) disculpante o figuras análogas, al conflicto de conciencia, en suma²³. Pero ello conlleva la afirmación de la prohibición penal de su conducta. ¿Realmente no hay otra solución? Permítanme, como mínimo, dudarle.

Jesús-María Silva Sánchez

¹⁹ Esta cuestión, la de la disminución del placer sexual como consecuencia de la circuncisión del varón, pasa a ocupar un papel central en la argumentación de HERZBERG, *ZIS*, 2012, *passim*, en particular, pp. 491 y ss.

²⁰ Así la definición de las conductas socialmente adecuadas en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edic, Berlin 1969, pp. 56, como aquellas que se mueven “völlig im Rahmen der ‘normalen’, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens”.

²¹ HERZBERG, *ZIS*, 2012, p. 495.

²² Mejor, colisión de deberes.

²³ Sobre el delincuente por convicción y la objeción de conciencia escribe en este número de *InDret Penal Luzón Peña*.