



**AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3
MADRID**

SENTENCIA: 00005/2014

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 3ª

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don F. Alfonso GUEVARA MARCOS

Don Guillermo RUIZ POLANCO

Don Antonio DÍAZ DELGADO

ROLLO DE SALA núm. 6/2013

SUMARIO núm. 1/2013

Jdo. Central Instrucción núm. 4

SENTENCIA Nº. 5 / 2014

En Madrid, a 24 de febrero de 2014.

VISTO en juicio oral y público por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el Rollo nº. 6/2013 correspondiente al sumario 1/2013 seguido de oficio por el Juzgado Central de Instrucción nº. 4 por delito de lesiones (mutilación genital) contra **KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA**, D.N.I. nº. 46.257.593-Q, nacional española nacida el 25 de diciembre de 1977 en Gambissara (Gambia), hija de Kumasa y Fatoumata con domicilio en c/ Floristas, 11, bajo 2 de Lloret de Mar (Girona), sin antecedentes penales, de no acreditada solvencia y en situación de **libertad** provisional y **ALIMANEH NIMAGA DUKUREH**, D.N.I. nº. 45.964.569-N, nacional español nacido el 1 de enero de 1965 en Gambissara (Gambia), hijo de Oumbo y Sion, con igual domicilio, sin antecedentes penales, de no acreditada solvencia y también en **libertad** provisional; causa en la que son partes el Ministerio Fiscal y

dichos procesados representados por la Procuradora D^a. Ángela Cristina Santos Erroz y defendidos por el Letrado D. Joan Pere Zapata Saldaña.

Ponente el Ilmo. Sr. D. F. Alfonso Guevara Marcos.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº. 5 de los de Blanes (Gerona) inició Diligencias Previas nº. 35/2011 por auto de 1 de febrero de 2011 en base a los partes facultativos del Centro de Atención Primaria de Lloret de Mar (Gerona) en relación a las menores Fatumata Mimaga Dukuray y Mariamu Nimaga Dukuray a las que el 25 de enero se les apreció ablación clitoridiana; inhibiéndose dicho Juzgado por resolución de 1 de agosto de 2011 a favor de los Centrales de Instrucción, lo que determinó la incoación por el nº. 4 de las Diligencias Previas 117/11 por auto de 4 de octubre siguiente, siendo transformadas en sumario nº. 1/2013 según auto de 14 de abril de 2013.

Por auto de 30 de abril de 2013 se declaró procesada a **KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA** por delito del art. 149.2 del C^o. Penal (mutilación genital) y por auto de 6 de junio del mismo año concluido el sumario.

SEGUNDO.- En fase de instrucción (art. 627 LECr.) ante esta Sala el Ministerio Fiscal interesó la revocación del sumario a efectos de ser procesado **ALIMANEH NIMAGA DUKUREH**; revocación que acordó esta Sección por auto de 6 de septiembre de 2013 y procesamiento, también por delito del art. 149.2 del C^o. Penal, que decretó el Instructor por auto del día 9 del mismo mes y año.

Conforme auto de conclusión de 29 de octubre de 2013 el sumario fue nuevamente elevado.

TERCERO.- Evacuado el trámite de instrucción por Ministerio Fiscal y defensa se acordó por auto de 20 de diciembre de 2013 la apertura de juicio oral contra los procesados ***KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA*** y ***ALIMAMEH NIMAGA DUKUREH*** y presentados por las partes los respectivos escritos de conclusiones se señaló por auto de 17 de enero de 2014 la celebración de la vista oral para el 20 de febrero siguiente, fecha en la que ha tenido lugar con la práctica de las pruebas propuestas y admitidas: declaración de los procesados, testifica, pericial y documental.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal elevando a definitivas las conclusiones provisionales en su día formuladas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 149.2 del Cº. Penal del que consideró autores a los acusados ***KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA*** y ***ALIMANEH NIMAGA DUKUREH***, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, solicitando para los mismos la imposición de la pena de seis años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial por igual tiempo del derecho de sufragio y pago de costas.

QUINTO.- La defensa, en igual trámite de conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución de sus patrocinados al entender que no existía culpabilidad con su conducta y por ende delito.

II. **HECHOS PROBADOS**

El día 6 de junio de 2006 la hoy procesada ***KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA***, mayor de edad, sin antecedentes penales, natural de Gambia y nacionalizada española por residencia en nuestro país desde el año 1997 en que con un hijo matrimonial nacido en Gambia se reagrupó con su marido, el también procesado ***ALIMANEH NIMAGA DUKUREH***, mayor de edad, sin antecedentes penales, nacido en Gambia y nacionalizado español por residencia desde el año 1992, acudió al centro de asistencia primaria de Lloret de Mar (Gerona), localidad donde la familia vive, con sus hijas ***Mariam*** y ***Fatumata***,

ambas nacidas respectivamente, el 31 de diciembre de 1998 y el 29 de abril de 2003 en España, al ser citadas el día anterior cuando llevó al hijo menor y comentó el inminente viaje que por vacaciones iban a realizar al país de su naturaleza, cita en que ambas menores fueron reconocidas ginecológicamente sin apreciárseles lesión alguna y la procesada informada de las consecuencias sanitarias y legales de la práctica de la mutilación genital femenina, costumbre ancestral en determinados países africanos, entre ellos Gambia.

Sin que lo hiciera el procesado por razones laborales, la acusada viajó con sus cuatro hijos, dos varones y las ya referidas menores Mariamu y Fatumata, a Gambia y concretamente a Gambissara donde vive su madre y otros familiares con los que pasaron dos meses de vacaciones, lapso de tiempo en el que **Kussa** se desplazó a otra localidad para visitar a otros familiares dejando a sus cuatros hijos al cuidado de su abuela quien, aprovechando tal ausencia de la procesada y sin conocimiento ni consentimiento de la misma, llevó a las dos niñas a una determinada casa donde ella misma procedió a la ablación de los clítoris, conducta de la que Kussa se enteró a su regreso a través de las propias menores y que dio lugar a una discusión con su madre, abuela de aquellas, reprochándola su actuar con el que no estaba conforme.

Es ya en España cuando **Kussa** participa a su marido lo acontecido en Gambia con las niñas a las que el 25 de enero de 2011, en el reconocimiento médico que se les practica en el centro de atención primaria ante un nuevo viaje que la familia iba a realizar a Gambia, se apreció ablación del clítoris por resección antigua de casi la totalidad del mismo; menores que no presentan otra alteración física, ni consecuencias psicológicas y que junto a sus otros tres hermanos siguen conviviendo con sus padres, los procesados, una vez que los servicios sociales del ayuntamiento y el departamento de bienestar social y familiar archivaron el expediente correspondiente por falta de riesgo para aquellas.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en el factum de la presente resolución que “objetivamente” integrarían el delito por el que formula acusación el Ministerio Fiscal, mutilación genital del apartado 2 del art. 149 del vigente Cº. Penal –delito de mutilación genital femenina que se comprende en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entre aquellos de los que es competente la jurisdicción española si han sido cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional siempre que los responsables se encuentren en España- no lo constituyen respecto a los aquí acusados al faltar el elemento subjetivo de la culpabilidad.

En efecto, el resultado lesivo ha quedado constatado a través de las declaraciones de los procesados, de la testigo Doctora Morato que reconoció a las menores en el centro de atención primaria en enero de 2011, de la exploración de Mariamu –prueba que se introdujo en el plenario mediante el visionado de la practicada sumarialmente y al tiempo que deponían en juicio los peritos psicólogos Serra Peñalver y Juárez López- y de la pericial forense de las Doctores Tomasi Maidana y Arcos Solanas quienes ratificaron los informes emitidos en los que concluyen que Mariamu y Fatumata sufrieron mutilación de genitales externos con ablación de clítoris; conjunto de pruebas que permiten tener por acreditado que la mutilación genital se produjo en el lugar, tiempo, ocasión y por la persona –abuela materna- que se dice en el relato de los hechos.

Por el contrario, lo que excluye la autoría que por comisión por omisión conforme al art. 11 del Cº. Penal atribuye a los acusados el Ministerio Fiscal, no se da el elemento culpabilístico que junto a la antijuridicidad típica conformarían el ilícito penal. Al efecto la Sala entiende determinante la exploración de Mariamu, cuya versión de los hechos califican los peritos psicólogos como creíble y así lo pudo apreciar el tribunal en el visionado de la grabación en su día realizada de la exploración, al manifestar que cuando su madre se entera de que a ella y a su hermana las han mutilado genitalmente su abuela al

quedarse a su cuidado al ausentarse la madre por visitar a otros familiares, se enfada y discute con la abuela reprochándole su conducta con la que mostraba desacuerdo, falta de consentimiento con dicha práctica que afirma constantemente la procesada al igual que el acusado quien se entera ya de regreso de la familia a España. Frente a tales pruebas (exploración de la menor y manifestaciones constante de los procesados) no puede atribuirse valor incriminatorio absoluto a la “apreciación” de la Dra. D^a. Inmaculada Morató de que “cree que la madre lo hará” cuando informa a la misma, a través de una persona que la acompañaba y servía de intérprete, de las consecuencias legales y sanitarias de la mutilación femenina en junio de 2006, apreciación subjetiva que conforme art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe valorarse conjuntamente con el resto de las pruebas y no, tal como parece pretender el Ministerio Fiscal, otorgándole valor superior y determinante de un hipotético –no demostrado- consentimiento con la práctica de la ablación genital.

Es cierto que a los acusados como padres de las menores les corresponde un deber de cuidado para con las mismas por disposición del art. 154 pf. 2 del C^o. Civil –“la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”-, situándoles en una posición de garantes de las que contempla el art. 11 del C^o. Penal, si bien tal deber de cuidado no puede comportar en el presente caso y acreditado que los padres no consentían, ni querían la mutilación, sino que eran contrarios a ello, el que la familia no viajara a Gambia, país de origen donde residen los familiares más directos, lo que sería llegar al extremo de romper los lazos con el resto de la familia por la mera sospecha de que ocurriera la mutilación. Por otra parte tampoco puede tildarse omisión del deber de cuidado el que la acusada dejara a sus hijos, en su ausencia suficientemente explicada por visita a primos, al cuidado de la abuela, persona que indudablemente goza de su confianza y de la que no podía dudar de que hiciera un mal a sus nietas. El deber de cuidado de los acusados como padres no puede exigir otra conducta que la realizada: permitir el viaje y en Gambia estar al cuidado de la abuela,

comportando ello como decimos la ausencia absoluta de culpa, ya a título de dolo, directo o eventual, ya a título de negligencia o simple culpa consciente.

SEGUNDO.- La absolución de los procesados por inexistencia de delito conlleva por imperio de la ley la declaración de oficio de las costas procesales causadas.

VISTOS los preceptos actuales y demás de aplicación.

FALLAMOS

Que debemos **absolver y absolvemos** a los procesados ***KUSSA LEMEH DUKURAY JAWARA*** y ***ALIMANEH NIMAGA DUKUREH*** del delito de lesiones del que venían acusados por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las costas procesales causadas y alzando cuantas medidas cautelares se hubieren adoptado.

Así por esta sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y será notificada a las partes, contra la que cabe recurso de casación para ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, mediante su anuncio en plazo de cinco días desde la última notificación, lo acordamos, mandamos y firmamos los Magistrados de la Sala.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.